Die Fusion mit sofortiger Verschmelzung nach dem Handelsgesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Carl Kraemer
Referendar in Coblenz.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung bedeuten Paragraphen des Handelsgesetzbuchs von 1897.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Der Begriff der Fusion 4

Die Durchführung der Fusion 18

Die Wirkung der Fusion 40

Literaturverzeichnis.

Badische Rechtspraxis. Jahrg. 1904.

Bauer, Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 14. Jahrg.

Cahn, Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. 1907.

Denkschrift II zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Gern, Die Fusion von Aktiengesellschaften nach deutschem Handelsrecht. 1907.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 2. 1905.

Goldstein, Der Konkurs der Aktiengesellschaften. In Hirths Annalen des Deutschen Reichs 1901.

Hagen in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts von Gruchot Bd. 42.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 1904.

Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts. Herausgegeben von Johow. Bd. 9, 21 u. 25.

Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen. Herausgegeben von Sohn. Bd. 30.

Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften. Bd. 2. 1902.

Lehmann, Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungen. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 50.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1902.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. 13. Aufl. 1906.

Petersen-Pechmann, Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. 1884 u. 1890.

Pinner, Das deutsche Aktienrecht. 1899.

Plotke in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen 10. Jahrg.

Recht, Das. Herausgegeben von Sörgel. 1902.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Bd. 3 u. 5.

Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften. 1903.

Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften. 1875.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1, 6. u. 7. Aufl. 1900, 8. Aufl. 1906.
Sohm, Der Gegenstand. 1905.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. Bd. 1. 1903.
Wallich, Die Konzentration im deutschen Bankwesen. 1905.
Wiener, Umwandlungen und Fusion von Gesellschaften. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 27.

Einleitung.

Grundsätzlich erfolgt nach Auflösung einer jeden Handelsgesellschaft die erforderliche Abwicklung der Rechtsbeziehungen im Wege des Liquidationsverfahrens,[1]) d. h. eines außergerichtlichen, gesetzlich umschriebenen Verfahrens, durch dessen Eintritt zwar die Gesellschaft sowie ihr Vermögen ihrer rechtlichen Selbständigkeit nicht verlustig gehen und auch die bestehende Organisation nur geringe Änderungen erfährt, der bisherige Zweck aber und damit die bisherige Tätigkeit der Gesellschaft geändert wird. Die Gesellschaft betreibt kein Handelsgewerbe mehr; an Stelle des bisherigen (produktiven) Zweckes tritt der Liquidationszweck, gerichtet auf die Beendigung der laufenden Geschäfte, die Einziehung der Forderungen, die Umsetzung des Vermögens in Geld, die Befriedigung der Gläubiger (§§ 149, 298 Abs. 1) und die Verteilung des nach Berichtigung der Schulden verbleibenden Vermögens unter die Gesellschafter (§§ 155, 300).

Dieses Liquidationsverfahren ist bei den einzelnen Handelsgesellschaften mit verschiedener Strenge vorgeschrieben. Abgesehen von der Auflösung im Falle des Konkurses, während dessen Dauer für jede andere Abwicklung als die des Konkursverfahrens bei keiner Gesellschaft Raum ist,[2]) hat das Gesetz bei der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft und in Übereinstimmung damit auch einer Kommanditgesellschaft es grundsätzlich dem Willen der Gesellschafter überlassen, statt der Liquidation eine andere Abwicklungsform zu vereinbaren (§§ 145, 161), z. B. die Einbringung des Gesellschaftsvermögens ein ine Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien an die

[1]) §§ 145, 161 Abs. 2, 294, 320 Abs. 3; GmbHG. § 66.
[2]) vgl. §§ 145, 161 Abs. 1, 294 Abs. 1 u. 320 Abs. 3.

Gesellschafter. Nur mangels einer anderweitigen Vereinbarung tritt hier kraft Gesetzes das Liquidationsverfahren ein. Die Liquidation ist dispositiv vorgeschrieben.

Anders bei der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien. Wird eine solche Handelsgesellschaft aufgelöst, so findet ein auf eine andere Abwicklungsform gerichteter Wille der Aktionäre keine Berücksichtigung. Es muß notwendigerweise eine Versilberung und Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens im Rahmen des gesetzlichen Verfahrens stattfinden (§§ 294, 320 Abs. 3). Die Liquidation kann weder durch das Statut noch durch übereinstimmenden Beschluß aller Aktionäre beseitigt werden. Dabei ist es ganz unerheblich, aus welchem Grunde die Auflösung der Aktiengesellschaft erfolgt, ob aus einem der im HGB. § 292 Abs. 1 ausdrücklich genannten Gründe, wie Zeitablauf oder Generalversammlungsbeschluß, oder ob aus einem andern Grunde, z. B. dem Erkenntnis des Bezirksausschusses (vgl. Art. 4 preuß. AG. z. HGB.). Die Liquidation ist die obligatorische Folge der Auflösung.

Das Handelsgesetzbuch kennt zwei Ausnahmen von dieser Regel. Sie betreffen die Fälle, daß das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes vom Reiche, einem Bundesstaat oder einem inländischen Kommunalverbande übernommen („Verstaatlichung", § 304) oder an eine andere Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen wird („Fusion", §§ 305, 306). In beiden Fällen tritt nicht als eine unbedingte Folge der Auflösung der Aktiengesellschaft das Liquidationsverfahren ein, sondern es kann vereinbart werden, daß die Liquidation unterbleiben soll.[3]) Es bleibt also dem Willen der

[3]) Auch das GmbHG. (1898) regelt im § 80 eine Auflösung einer Aktiengesellschaft zum Zwecke der Umwandlung in eine Gesellschaft m. b. H. unter Wegfall der Liquidation. Jedoch bedarf es dort nicht eines förmlichen und eintragungspflichtigen Ausschließungsbeschlusses, sondern lediglich der Beobachtung der genannten, die Errichtung einer neuen Gesellschaft m. b. H. betreffenden Vorschrift. Der auf Ausschließung der Liquidation gerichtete Wille der Aktionäre ist hiernach sowohl durch das Vorliegen gewisser Tatsachen (z. B. einer bestimmten Höhe des Stammkapitals — mindestens gleich Grundkapital —), als auch durch die Befolgung gewisser Bestimmungen

Gesellschafter ein gewisser Spielraum. Wenn es ihnen auch nicht, wie den Gesellschaftern der offenen Handels- und der Kommanditgesellschaften, überlassen ist, statt der Liquidation ein anderes Abwicklungsverfahren zu wählen, so können sie doch ihren Willen in negativer Richtung dahin wirksam betätigen, daß sie den Ausschluß der Liquidation beschließen. Die Folge eines solchen Beschlusses ist, daß die besonderen gesetzlichen Bestimmungen der §§ 304, 306 im Gegensatz zu den Regelvorschriften der §§ 303, 305 zur Anwendung gelangen.

Die Gewähr, welche das Liquidationsverfahren den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft für die Befriedigung ihrer Forderungen bietet, bedarf bei der Verstaatlichung (§ 304) keines besonderen Ersatzes, weil die öffentlichrechtliche Natur der übernehmenden Körperschaft eine hinreichende Sicherheit für die Erfüllung der Verbindlichkeiten bietet. Die Bestimmungen über die Verstaatlichung bringen daher keine Vorschriften über die Berichtigung der Gesellschaftsschulden, über die Bereithaltung des übernommenen Gesellschaftsvermögens zum Zwecke des Zugriffs der Gläubiger usw.

Dagegen ist bei der Fusion ohne Liquidation („Fusion mit sofortiger Verschmelzung“: Staub, HGB. Bd. 1 [8] § 306) in der Person der übernehmenden Gesellschaft eine hinreichende Gewähr für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft allgemein nicht vorhanden. Es sind daher im § 306 besondere Vorschriften zum Schutze der Gläubiger getroffen. Durch diese Gläubigerschutzvorschriften erlangt die Fusion mit sofortiger Verschmelzung sowohl gegenüber der Fusion mit Liquidation als auch gegenüber der Verstaatlichung in ihrem tatsächlichen wie rechtlichen Hergange ein besonderes Gepräge. Dieses sowie weiterhin ihre sich stets steigernde wirtschaftliche Bedeutung verleiht ihr unter den Arten der Gesamtverwertung des Vermögens einer Aktiengesellschaft ein besonderes Interesse.

(z. B. über die Kundmachung der Beteiligungsmöglichkeit der Aktionäre) beschränkt. Ist eine dieser Vorschriften nicht erfüllt, so tritt kraft Gesetzes die Liquidation der Aktiengesellschaft ein.

Der Begriff der Fusion.[1])

Den Bedürfnissen der Praxis entsprechend, die vom Gesetzgeber eine Erleichterung der bis dahin nur im Wege der Auflösung und Neugründung ermöglichten Umwandlung der bestehenden handelsrechtlichen Unternehmungsformen forderte, hatte bereits das alte Handelsgesetzbuch von 1861 den Begriff der Fusion in das deutsche Recht eingeführt. Artt. 215 Abs. 4, 247 a. HGB. regelten den Fall der Auflösung einer Aktiengesellschaft „durch Übertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren", und zwar als den einzigen Fall der Übertragung des Gesamtvermögens. Eine Liquidation fand hierbei nicht statt. Diese Fusion im eigentlichen Sinne hat das neue Handelsgesetzbuch übernommen. Sie bildet aber nicht mehr den einzigen Fall der Gesamtverwertung des Gesellschaftsvermögens, sondern stellt neben den Fällen der Verstaatlichung (§ 304) und der Fusion mit Liquidation (§ 305) eine besondere Unterart der im § 303 allgemein geregelten Veräußerung des Vermögensganzen einer Aktiengesellschaft dar. Ihr Anwendungsgebiet ist durch § 306 insofern erweitert worden, als die Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft als Ganzes nun auch an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien im Wege der Fusion erfolgen kann. Im Verfahren selbst ist infolge der gesetzlichen Neueinführung der Fusion mit Liquidation eine besondere Vereinbarung über den Ausschluß der Liquidation notwendig geworden. Aber trotz dieser Änderung der gesetzlichen Bestimmungen ist das Wesen der Fusion das gleiche geblieben.

Fusion bedeutet nach den Worten des Gesetzes die Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft als eines Ganzen an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft, mit der Vereinbarung, daß die Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft unterbleiben soll.

[1]) Unter „Fusion" ist fortan die eigentliche, liquidationslose Fusion, die Fusion mit sofortiger Verschmelzung, verstanden.

Was zunächst die Parteien des Rechtsgeschäftes betrifft, so ist die Fusion naturgemäß in ihrem Anwendungsgebiet auf inländische Aktiengesellschaften bezw. Kommanditgesellschaften auf Aktien beschränkt, d. h. auf Gesellschaften, welche ihren Sitz innerhalb des Deutschen Reiches haben. Sowohl die übernehmende, als auch die übertragende Gesellschaft muß eine deutsche Gesellschaft sein. Dieses Erfordernis ergibt sich aus den Bestimmungen über die Durchführung der Fusion.

Für die Übernehmerin sind Vorschriften über die getrennte Verwaltung des übernommenen Vermögens, über den Zeitpunkt der Vereinigung der beiden Vermögensmassen getroffen, und die Mitglieder ihres Vorstandes und Aufsichtsrates sind den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft gegenüber für die Ausführung der getrennten Verwaltung verantwortlich. Solche Vorschriften kann ein deutsches Gesetz nur für deutsche Aktiengesellschaften und deren Organe erlassen, weil außerdeutsche Gesellschaften der Staatsgewalt und damit auch der Gesetzgebung des Deutschen Reiches nicht unterworfen sind. Eine Ausdehnung der Fusion auf die Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft in eine außerdeutsche Gesellschaft würde mangels jener Gesetzgebungsgewalt die genannten Vorschriften illusorisch machen und damit den Gläubigern der deutschen Gesellschaft den durch sie gewährten Schutz vor einer vorzeitigen Vereinigung der Vermögensmassen und so die Sicherheit für die Befriedigung ihrer Forderungen nehmen. Eine Übertragung des Vermögens einer deutschen Aktiengesellschaft an eine außerdeutsche wird daher nur im Wege der Liquidation der deutschen Gesellschaft und somit erst nach Befriedigung ihrer Gläubiger möglich sein.[2])

[2]) KGJ. Bd. 21 A S. 294 ff., wo die weitere Beschwerde der ausländischen Übernehmerin, die vom Grundbuchrichter eine Umschreibung des unbeweglichen Vermögens der übertragenden deutschen Gesellschaft lediglich auf Grund des Fusionsvertrages forderte, mit der Begründung zurückgewiesen wird, daß die Fusion nach Art. 247 a. HGB. für eine Vereinigung mit einer ausländischen Aktiengesellschaft nicht angewendet werden könne, eine Gesamtnachfolge also nicht in Frage kommen und die Umschreibung daher nur nach erfolgter Auflassung der Grundstücke erwirkt werden könne. Ebenso Makower, HGB. Bd. 1 (13) § 305 a Ie; Lehmann-Ring, HGB. Bd. 1 § 305 N. 2 und Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 305 A. 1, § 306 Einl.

Aus ähnlichen Gründen ist auch umgekehrt eine Übertragung des Vermögens einer ausländischen an eine deutsche Aktiengesellschaft in Form der Fusion nicht durchführbar, weil die deutschen Fusionsbestimmungen auch der übertragenden Gesellschaft die Beobachtung gewisser Vorschriften, so der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Veräußerungsvertrages (§ 311 BGB.), der Form des Zustimmungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft zu diesem Vertrage (§ 303), zur Pflicht machen.[3])

Innerhalb dieser Grenzen ihres Anwendungsgebietes ist die Fusion nicht nur im Rahmen des § 306 zwischen Aktiengesellschaften bezw. einer Aktiengesellschaft als übertragenden und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien als übernehmenden Gesellschaft, sondern auch zwischen einer Aktiengesellschaft als Übernehmerin und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien als der übertragenden Gesellschaft sowie zwischen Kommanditgesellschaften auf Aktien überhaupt durchführbar. Denn da § 320 Abs. 3 die aktienrechtlichen Regeln auf die Rechtsverhältnisse der Kommanditgesellschaften auf Aktien subsidiär für anwendbar erklärt, das Gesetz aber keine besonderen Bestimmungen über die Auflösung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien durch Übertragung des Vermögens als Ganzes an eine andere Kommanditgesellschaft auf Aktien trifft, so kann auch eine Vereinigung einer solchen Gesellschaft mit einer Aktiengesellschaft oder einer anderen Kommanditgesellschaft auf Aktien nach den Grundsätzen der Fusion erfolgen.

Damit ist aber auch der Geltungsbereich der Fusion erschöpft. Jede andere Vereinigung von Handelsgesellschaften fällt nicht unter ihren Begriff. Insbesondere erfolgt die Gesamtveräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft an eine offene Handelsgesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft nicht nach den Sondervorschriften des § 306, sondern nach den Regelbestimmungen des § 303. Die übertragende Gesellschaft hat die einschlägigen Liquidationsvorschriften, die aufnehmende Gesellschaft die gesetzlichen Be-

---

[3]) vgl. Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 305 A. 1.

stimmungen über die Form des Veräußerungsvertrages zu beobachten und die aus den Schuldverhältnissen sich für sie ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen. Ist die Aktiengesellschaft die übernehmende Partei, so sind von der übertragenden Gesellschaft neben § 311 BGB. die besonderen Vorschriften über ihre Auflösung und Liquidation, von der Aktiengesellschaft die Bestimmungen über die Erhöhung des Grundkapitals usw. zu beobachten.

Will eine Aktiengesellschaft ihr Gesamtvermögen an eine Gesellschaft m. b. H. übertragen, so kann dies gleichfalls nicht in der Form der Fusion erfolgen. Es greifen vielmehr für die Aktiengesellschaft wiederum die Bestimmungen des § 303, insbesondere Abs. 3, über die Notwendigkeit der Liquidation, für die Gesellschaft m. b. H. die Vorschriften des GmbHG. (§§ 55—57) über die Erhöhung des Stammkapitals Platz. — Dieser Fall der Vermögensübertragung an eine Gesellschaft m. b. H. wird durch die §§ 80, 81 des genannten Gesetzes nicht berührt, denn diese Bestimmungen regeln die liquidationslose Auflösung der Aktiengesellschaft zum Zwecke der Umwandlung in eine Gesellschaft m. b. H. Es handelt sich dabei lediglich um den Wechsel der Gesellschaftsform, nicht um eine Übertragung des Vermögens an eine andere bereits bestehende Gesellschaft.

Soll umgekehrt das Vermögen einer Gesellschaft m. b. H. im ganzen an eine Aktiengesellschaft übertragen werden, so kommen für die übertragende Gesellschaft wiederum die Vorschriften über die Auflösung und Liquidation (§§ 60 ff. GmbHG.), für die Übernehmerin die Bestimmungen über die Erhöhung des Grundkapitals zur Anwendung.

Nicht unter den Begriff der Fusion fällt schließlich die Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft „durch Beschluß der Generalversammlung und aller persönlich haftenden Gesellschafter“ im Sinne der §§ 332 ff. Denn das Wesen dieser Umwandlung besteht, wie die Fassung des § 333 Abs. 3 gegenüber früheren Zweifeln klarstellt, ähnlich wie in den Fällen der §§ 80, 81 GmbHG., nur in einer Veränderung der Rechtsnatur der Gesellschaft, nicht in dem Unter-

gang der Rechtspersönlichkeit der Kommanditgesellschaft auf Aktien.[4]) Das Fortbestehen der bisherigen Gesellschaft in anderer Rechtsform widerspricht aber dem Wesen der Fusion als einer besonderen Art der Gesellschaftsauflösung.

Eine Fusion kann auch zwischen einer Übernehmerin und mehreren übertragenden Gesellschaften zugleich stattfinden. In solchen Fällen müssen notwendigerweise die den übertragenden Gesellschaften obliegenden Rechtshandlungen, die Zustimmungs- und Liquidationsausschließungsbeschlüsse in jeder Gesellschaft einzeln erfolgen. Dagegen steht nichts im Wege, daß der Veräußerungsvertrag der übertragenden Gesellschaften mit der Übernehmerin in einer Urkunde vollzogen wird und auch auf seiten der aufnehmenden Gesellschaft die einzelnen Kapitalerhöhungsbeschlüsse und ihre Anmeldungen sowie die Anmeldungen der erfolgten Kapitalerhöhungen in einem Beschlusse bezw. einer Anmeldung zusammengefaßt werden. Diese auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhende Vereinigung gleichartiger Rechtshandlungen ändert natürlich nichts daran, daß rechtlich hier ebensoviele Fusionen vorliegen, wie übertragende Gesellschaften beteiligt sind.[5])

Wenn das Gesetz bei der Umschreibung des Begriffes der Fusion von einer Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft als Ganzes „an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien“ spricht, so kommt darin die Voraussetzung zum Ausdruck, daß die übernehmende Gesellschaft bereits besteht. Zudem ergibt sich dies aus der Erwägung, daß es der Zweck der Fusionsbestimmungen ist, für die bis dahin überaus beschwerliche Verschmelzung zweier getrennt bestehender Aktiengesellschaften Erleichterungen zu schaffen, nicht dagegen die Bildung einer neuen Aktiengesellschaft durch Übernahme einer oder mehrerer bestehender Aktiengesellschaften auf diesem Wege zu ermöglichen. Die Folge jener Voraussetzung ist, daß eine noch nicht eingetragene Aktien-

[4]) vgl. Pinner, Aktienrecht S. 361; Lehmann in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 50 S. 59; OLGRechtspr. Bd. 5 S. 279; KGJ. Bd. 25 A S. 288.

[5]) vgl. Goldmann, HGB. Bd. 2 § 305 A. 1, 1; Pinner, Aktienrecht S. 309; Lehmann-Ring, HGB. Bd. 1 § 305 N. 2.

gesellschaft nicht Fusionspartei sein kann, daß mithin in Form der Fusion weder eine Aktiengesellschaft gleichzeitig mit dem Veräußerungsvertrag eine neue Aktiengesellschaft gründen und so lediglich eine Umwandlung in eine Aktiengesellschaft bei unveränderter materieller Grundlage vornehmen kann noch zwei bestehende Aktiengesellschaften sich zu einer dritten neuen Gesellschaft vereinigen können. Derartige Transaktionen genießen nicht die Vorzüge der Fusionsbestimmungen. Sie können sich nur im Wege der Auflösung und Neugründung vollziehen, wobei einerseits die Vorschriften über das Liquidationsverfahren, anderseits diejenigen über die Sacheinlagen zu beobachten sind. Dagegen bestehen keine rechtlichen Bedenken hinsichtlich der Anwendung der Fusionsbestimmungen, wenn die aufnehmende Aktiengesellschaft von den Aktionären der übertragenden Gesellschaft lediglich zu dem Zwecke der alsbaldigen Aufnahme der letzteren gegründet wird. Der Fusionsvertrag kann alsdann erst nach Eintragung der neuen Aktiengesellschaft rechtswirksam abgeschlossen werden.

Ein besonderes Interesse bietet hier der Fall, daß das gesamte Vermögen einer Aktiengesellschaft ohne Liquidation in eine andere Aktiengesellschaft schon bei deren Gründung unter Beobachtung des § 186 Abs. 2 e i n g e b r a c h t werden soll. Hierbei übernimmt die bestehende Aktiengesellschaft in ihrer Eigenschaft als juristische Person die Rolle einer Einlage-Gründerin.[6]) Sie bringt ihr Gesamtvermögen in die neue Gesellschaft ein und erwirbt als Gegenwert Mitgliedschaftsrechte bei dieser. Auch hier liegt eine Fusion im Rechtssinne nicht vor. Denn einerseits findet ein Übertragungsvertrag zwischen zwei bestehenden Gesellschaften nicht statt, sondern es wird, da die Festsetzung der Sacheinlagen gemäß § 186 Abs. 2 in dem Gründungsvertrag zu erfolgen hat, zwischen der einbringenden Aktiengesellschaft und den übrigen Gründern ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen. Anderseits liegt hier keine — der Fusion wesentliche — Kapitalerhöhung der neuen Gesellschaft vor, da ein Grundkapital noch

---

[6]) KG. in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 40 S. 471 und OLGRechtspr. Bd. 3 S. 260.

nicht vorhanden, sondern erst durch die Gründung geschaffen werden soll. Man wird jedoch mit Rücksicht darauf, daß dem Gesellschaftsvertrage und der Einbringung eine andere Bedeutung als dem Übertragungsvertrage und der Kapitalerhöhung in wirtschaftlicher Hinsicht nicht beigemessen werden kann, und daß insbesondere die bei der Durchführung der Transaktion erforderlichen Rechtshandlungen und sich ergebenden Rechtsbeziehungen, vor allem hinsichtlich der Gewährung von Mitgliedschaftsrechten, in beiden Fällen die gleichen sind, vorliegend von dem Erfordernis des Bestehens der aufnehmenden Gesellschaft absehen und die Fusionsvorschriften für entsprechend anwendbar erklären können.[7]) Daraus ergibt sich, daß neben den Vorschriften über die Gründereinlagen die Bestimmungen über die Fusion, soweit diese nicht durch jene gegenstandslos geworden, zu beobachten sind, daß also insbesondere von seiten der neuen Aktiengesellschaft das eingebrachte Vermögen unter Beobachtung der im § 306 aufgestellten Vorschriften zum Schutze der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft getrennt zu verwalten ist. Eine solche mit fusionsähnlichem Rechtsvorgange verbundene Einlagegründung kann erfolgen einmal im regelmäßigen Hergang einer Gründung, wobei der Hauptzweck des Geschäftes die Bildung einer neuen Aktiengesellschaft ist, dann aber von seiten der Aktionäre einer bereits aufgelösten Aktiengesellschaft zu dem Zwecke, den Betrieb der Gesellschaft, deren Fortsetzung nach Maßgabe des § 307 nicht möglich ist, dennoch, wenngleich unter einer neuen, von der alten Gesellschaft verschiedenen Rechtspersönlichkeit, fortzuführen. Im letzteren Sinne bildet sie den einfachsten Weg, um die Folgen einer übereilten Auflösung zu beseitigen, insbesondere um den bereits eingestellten Betrieb wieder aufnehmen zu können.

Wie eingangs erwähnt, ist die Fusion eine Unterart der im § 303 allgemein geregelten „Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im ganzen", denn auch bei ihr findet eine Übertragung des Vermögensganzen statt. Wenn die in § 306 angezogene Bestimmung des § 305 von der

---

[7]) Ebenso Makower, HGB. Bd. 1 (13) § 305 Ie; Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 307 A. 3.

Übertragung des Vermögens „als Ganzes“ spricht, so hat der Gesetzgeber mit diesem anderen, durch einen veränderten Satzbau bedingten Wortlaut einen andern Sinn nicht verbinden wollen.

Gegenstand der Übertragung bildet das Vermögen als „Ganzes“ oder gemäß dem Wortlaut des alten Handelsgesetzbuchs das „Vermögen einschließlich der Schulden“. Aus diesen verschiedenen Bezeichnungen ergibt sich, daß den Fusionsvorschriften des neuen Handelsgesetzbuchs ein von dem des alten Handelsgesetzbuchs verschiedener Vermögensbegriff zugrunde gelegt ist. Während der des alten Handelsgesetzbuchs wie grundsätzlich auch des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur den Inbegriff der Aktiva, der „Gegenstände“, das „Gut“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 1395—1398) in sich begreift, umfaßt der in der Bezeichnung „Vermögen als Ganzes“ enthaltene Vermögensbegriff des neuen Handelsgezetzbuchs, wie sich dies aus der erläuternden Bezeichnung des § 304 Abs. 5 ergibt, auch den Inbegriff der Verbindlichkeiten.[8]) Im Ergebnis freilich ist dieser begriffliche Unterschied unerheblich, da mit den Bezeichnungen „Vermögen einschließlich der Schulden“ und „Vermögen als Ganzes“ der Inbegriff der gleichen Rechtsbeziehungen gemeint ist.

Neben den Aktiven und Passiven umfaßt aber der Begriff des Vermögensganzen auch den Besitz. Dies ergibt sich aus der engen Beziehung der Fusion zur Erbfolge. § 1922 BGB. bestimmt: „Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes an eine oder mehrere andere Personen (Erben) über“. Auch bei der Erbfolge bildet also das Vermögen „als Ganzes“ den Gegenstand des Überganges. In beiden Fällen ist der Vermögensinbegriff der gleiche. Hinsichtlich der Erbfolge ist aber durch § 857 BGB. ausdrücklich bestimmt, daß auch der Besitz des Erblassers von der Erbfolge mitumfaßt wird. Es geht also die gesamte rechtliche Stellung des Erblassers als Besitzers, soweit sie nicht rein persönlicher Art war und daher durch den Tod des Rechtssubjektes erloschen

---

[8]) vgl. die für dieselbe Rechtsauffassung angeführten ausführlichen Gründe bei Strohal, Erbrecht Bd. 1 (3) S. 15ff.

ist, auf den Erben über, und zwar in folgerichtiger Auslegung des § 857 BGB. unbekümmert darum, ob der Erbe die tatsächliche Gewalt über den Erbschaftsgegenstand erlangt, ja, ob er überhaupt von dem Erbfall Kenntnis hat. Der durch solche unmittelbare Nachfolge erlangte Besitz des Erben ist zwar, wie jeder andere Besitz, kein Recht, kann aber als ein bedeutsamer Vermögenswert den aktiven Rechtsbeziehungen des ererbten Vermögensganzen zugerechnet werden. Diese im Erbrecht getroffene Begriffsumgrenzung ist in allen den Fällen maßgebend, in denen bei Untergang der Rechtspersönlichkeit ein Übergang des Vermögens als Ganzes sich vollzieht, also sowohl bei dem Anfall des Vereinsvermögens an den Fiskus (§ 46 BGB.), als auch bei der Gesamtverwertung des Vermögens einer Aktiengesellschaft (§§ 303 ff.). Bei der Fusion sind mithin gleichfalls dem aktiven Vermögensbestandteil der aufgehenden Gesellschaft deren gesamte Besitzverhältnisse zuzurechnen.[9])

Die das Vermögensganze bildenden Bestandteile: Gegenstände, Besitz und Verbindlichkeiten müssen, wie sich aus der Bezeichnung Vermögen „als Ganzes“ ergibt, in ihrer sachlichen[10]) Gesamtheit auf die Übernehmerin übertragen werden. Daraus folgt, daß von einer Gesamtverwertung dann nicht gesprochen werden kann, wenn nur einzelne Vermögensstücke übertragen werden sollen. Dagegen kann grundsätzlich noch eine Gesamtveräußerung angenommen werden, wenn zwar das Vermögensganze übertragen, aber einzelne seiner Bestandteile von der Übertragung ausgenommen werden sollen, jedoch nur, sofern deren Absonderung der ungehinderten Verfolgung des bisherigen Gesellschaftszweckes nicht im Wege steht, mag sie auch die wirtschaftliche Grundlage verschieben. Bei der Fusion im hier behandelten Sinne ist aber eine solche Ausschließung einzelner Vermögensstücke um deswillen nicht zulässig, weil die ausscheidenden Vermögensstücke nach dem sich bereits mit Eintragung der Kapitalerhöhung der Übernehmerin vollziehenden

---

[9]) vgl. zu den Ausführungen über den Besitz S o h m , Der Gegenstand 1905), insbesondere §§ 4, 5, 7.

[10]) Im Gegensatz zur rechtlichen Gesamtheit.

Untergang der übertragenden Gesellschaft eines Rechtssubjektes entbehren würden.[11]) Es wird die Ausscheidung nur dann für statthaft zu erachten sein, wenn die ausscheidenden Bestandteile bis zur Eintragung der Erhöhung ein neues Rechtssubjekt, etwa durch Übertragung an einen Dritten, gefunden haben.

Die Verwertung des Vermögensganzen fordert in jedem Falle eine tatsächliche Übertragung, einen Wechsel der Rechtssubjekte. Als eine Gesamtverwertung kann es also nicht angesehen werden, wenn eine Aktiengesellschaft, wie dies oft aus wirtschaftlichen Gründen, etwa zum Zwecke der Herabsetzung der Betriebskosten geschieht, nur ihren Betrieb mit dem eines andern Aktienunternehmens vereinigt, oder wenn zwischen zwei getrennt arbeitenden Gesellschaften eine Vereinbarung dahin getroffen wird, daß die erzielten Reingewinne nach dem Verhältnis der jeweiligen Aktien- und Reservekapitalien geteilt werden sollen. Durch solche „Interessengemeinschaften“,[12]) wie sie auch unter großen Unternehmungen abgeschlossen werden (z. B. die Interessengemeinschaft: A. Schaaffhausenscher Bankverein — Dresdner Bank 1903), und denen mannigfache Abmachungen zugrunde liegen können, wird die rechtliche Selbständigkeit des Einzelunternehmens in keiner Weise berührt. Das Vorliegen einer Fusion kann also bei solchen Geschäften nicht in Betracht kommen.

Dasselbe muß gelten von dem Falle, daß ein Aktienunternehmen sich in den Besitz sämtlicher Aktien eines andern Unternehmens gesetzt hat. Denn durch den Erwerb aller Mitgliedschaftsrechte findet ein Wechsel der Persönlichkeit der Aktiengesellschaft, eine Übertragung ihres Vermögensganzen nicht statt. Beide Gesellschaften behalten ihre rechtliche Selbständigkeit bei, mögen auch in tatsächlicher Beziehung die Persönlichkeiten die gleichen sein.

---

[11]) Ebenso Makower, HGB. Bd. 1 (13) §§ 303 I c.

[12]) vgl. hierzu Wallich, Die Konzentration im deutschen Bankwesen (1905) S. 155.

Neben den genannten, allen Arten der Gesamtverwertung eigentümlichen Wesensmerkmalen begreift die Fusion noch weitere Merkmale in sich, welche ihr unter jenen Arten eine rechtlich und wirtschaftlich bedeutsame Sonderstellung einräumen. Zu diesen Besonderheiten der Fusion gehört vor allem die Art der von der übernehmenden der übertragenden Gesellschaft zu gewährenden Gegenleistung. Sie ist beiden Arten der Fusion, auch derjenigen mit Liquidation eigentümlich. Das Gesetz (§ 305) fordert, daß die Gegenleistung in Aktien der Übernehmerin bestehe. In diesem Erfordernis ist das charakteristische Merkmal der Fusion i. w. S. zu erblicken. Die aufnehmende Gesellschaft zahlt für das Vermögensganze der übertragenden Gesellschaft nicht einen bestimmten Kaufpreis in Geld oder geldwerter Leistung, sie wiegt nicht reine Vermögenswerte gegeneinander auf. Sie gewährt vielmehr den Aktionären der sich auflösenden Gesellschaft an Stelle ihrer bisherigen Mitgliedschaft die Mitgliedschaft bei der aufnehmenden Gesellschaft. In diesem Aktienumtausch wird vom wirtschaftlichen Standpunkte aus zumeist nichts anderes, als die Hingabe eines Vermögenswertes für den andern unter Zugrundelegung eines zuvor festgesetzten Wertsverhältnisses, der Ankauf eines Unternehmens durch das andere erblickt. Rechtlich liegt dagegen das Wesen dieser Transaktion nicht auf dem Gebiete des Vermögens-, sondern auf dem des Gesellschaftsrechtes. Der Aktionär der übertragenden Gesellschaft geht seiner Mitgliedschaft verlustig und damit nicht nur eines Vermögenswertes, sondern seiner gesamten Rechtsstellung als Mitglied der Gesellschaft. Er verliert die ihm bisher zustehenden Rechte, insbesondere das Stimm- und Dividendenrecht, er wird befreit von den ihm obliegenden Pflichten. Dafür erwirbt er zugleich mit den neuen Aktien die volle Mitgliedschaft bei der aufnehmenden Gesellschaft; er wird wie deren bisherige Aktionäre berechtigt und verpflichtet. Bei diesem gesellschaftsrechtlichen Vorgang ist der Übergang der Vermögenswerte von untergeordneter Bedeutung. Er vollzieht sich nur als eine Folge des Mitgliedschaftswechsels der Aktionäre.

Aus diesem Erfordernis des Umtauschs der Anteilsrechte ergibt sich ohne weiteres, daß die Gegenleistung der über-

nehmenden Gesellschaft ausschließlich in Aktien bestehen muß. Denn diese allein verkörpern die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen, welche die Mitgliedschaft bei einer Aktiengesellschaft ausmachen. Es kann sonach von einer Fusion i. w. S. nicht die Rede sein, wenn neben Aktien noch andere Gegenwerte, etwa Geld oder Obligationen, von der Übernehmerin gewährt werden. Eine solche Art der Abfindung widerstrebt dem Begriffe der Fusion als eines gesellschaftsrechtlichen Vorganges und drückt sie zu einem kaufähnlichen Rechtsgeschäfte herab. Zudem würde die Anwendung der Vorschriften der Fusion (§§ 305, 306) die Grenzen zwischen ihr und der Gegenleistung bloßer Geldwerte verwischen und damit ihre bedeutsame Sonderstellung gegenüber der Gesamtverwertung des § 303 völlig beseitigen.

Aus dem gleichen Grunde muß die Anwendbarkeit der Fusionsnormen auf den Fall verneint werden, daß den Aktionären der übertragenden Gesellschaft ein Wahlrecht dahin eingeräumt wird, ob sie Aktien oder Gegenwerte der genannten Art annehmen wollen. Die Literatur hat lange Zeit über die rechtliche Beurteilung eines solchen Geschäftes gestritten. Renaud (1875)[13]) hielt die Anwendung der Fusionsvorschriften für unbedenklich, und Wiener (1882)[14]) wollte sie von den „vorwiegenden Tendenzen" der kontrahierenden Gesellschaften abhängig sein lassen. Aber schon Pinner (1899)[15]) tritt der damals noch überwiegenden, auch von Petersen (1890)[16]) vertretenen Ansicht entgegen, und zwar, weil der als wesentlich vorausgesetzte Rechtszustand der Umwandlung der bisherigen Mitgliedschaft in eine neue nicht sofort, sondern erst nach Ausübung des Wahlrechtes zugunsten der Anteilsrechte eintrete, man also von einer Veräußerung gegen Gewährung von Aktien nicht sprechen könne. Diese Ansicht ist, wenn auch nicht aus völlig gleichem Grunde, in oberstrichterlichen Entscheidungen[17]) zum

[13]) Renaud, Aktiengesellschaft (1875) S. 806.

[14]) Wiener, Umwandlungen und Fusion, in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 27 S. 383.

[15]) Pinner, Aktienrecht S. 310.

[16]) Petersen-Pechmann, Aktiengesetz S. 592.

[17]) RG. Bd. 9 S. 19; ROHG. Bd. 14 S. 363.

Ausdruck gekommen und heute die herrschende geworden. In Übereinstimmung mit diesen Erkenntnissen ist anzunehmen, daß im Falle der Gewährung eines Wahlrechtes grundsätzlich eine Fusion nicht für vorliegend erachtet werden kann, und daß nur dann die Annahme einer solchen gerechtfertigt ist, wenn die beteiligten Gesellschaften die Wirksamkeit des Übertragungsvertrages für den Fall der Ausübung zugunsten der Aktien ernstlich gewollt und die Aktionäre sich ausschließlich in diesem Sinne entschieden haben.[18])

Die Gewährung der Mitgliedschaftsrechte kann an sich sowohl an die übertragende Gesellschaft selbst als auch an deren Aktionäre ausbedungen und vollzogen werden. Im Falle der Fusion des § 306 empfiehlt es sich jedoch, die Vereinbarung dahin zu treffen, — und sie wird im Zweifel auch in diesem Sinne auszulegen sein, — daß die Leistung nicht an die Gesellschaft, sondern an die Mitglieder geschehen soll, weil die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft alsbald untergeht. Ein solcher Vertrag ist seinem Wesen nach ein Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB.), denn es ist aus dem Zwecke der Vereinbarung zu entnehmen, daß die Aktionäre das Recht auf die versprochene Leistung unmittelbar erwerben sollen. Der Aktionär der aufgehenden Gesellschaft kann also von der aufnehmenden Gesellschaft die Aushändigung einer seinem bisherigen Aktienbesitz sowie dem vertraglich festgesetzten Umtauschverhältnis entsprechenden Zahl von Aktien fordern.[19]) Die bei den Verträgen zugunsten Dritter im Zweifel anzunehmende Gesamtgläubigerschaft (§ 335 BGB.) zwischen den Aktionären und ihrer Gesellschaft kommt hier praktisch nicht in Frage.

Das Gesetz geht im § 305 von der Annahme aus, daß jede Fusion auch eine Erhöhung des Grundkapitals der Übernehmerin mit sich bringe und sonach die als Gegenleistung zu gewährenden Aktien neu auszugeben seien. Der Fusionshergang wird sich zumeist in diesem Sinne vollziehen. Die

---

[18]) vgl. hierzu die Ausführungen bei Goldmann, HGB. Bd. 2 § 305 A. 1 und Makower, HGB. Bd. 1 (13) § 305 I f, 1.

[19]) OLG. Karlsruhe, Bad. Rechtspr. 1904 S. 197; RG. Bd. 41 S. 86.

Kapitalerhöhung und Aktienneuausgabe ist aber kein Erfordernis, ohne welches eine Fusion nicht gedacht werden könne. Vielmehr ist es sehr wohl statthaft, den Aktionären der aufgehenden Gesellschaft vorhandene, im eigenen oder im Besitze von Gewährleuten (Banken) befindliche Aktien auszuhändigen. Früher war es sogar vielfach üblich, die Kapitalerhöhung von dem Fusionshergange zeitlich zu trennen und aus zuvor erfolgter Erhöhung vorhandene, neue Aktien als Gegenleistung zu verwenden. Obwohl auch bei dieser Art der Aktienbeschaffung eine Kapitalerhöhung mit der Verschmelzung unmittelbar nicht verbunden war, wurde die Transaktion doch unbedenklich als Fusion behandelt.[20]) Es ist gänzlich gleichgültig, auf welche Weise die zu gewährenden Aktien beschafft werden, sofern nur das Wesen der Fusion, der Erwerb der Mitgliedschaft bei der übernehmenden Gesellschaft gewahrt bleibt. Es ist eine Frage wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit und Leistungsfähigkeit der Übernehmerin, ob sie ihr Grundkapital erhöhen und neue Aktien ausgeben will. Freilich kann die übertragende Gesellschaft die Erhöhung zur Bedingung des Fusionsgeschäftes machen. Meist aber wird die Übernehmerin ohnehin schon dazu gezwungen sein, weil ihr andere Anteilsrechte nicht oder in nicht genügender Anzahl zur Verfügung stehen. Im letzteren Falle ist es ihr unbenommen, das Grundkapital nur insoweit zu erhöhen, als sie eigene Aktien nicht in Händen hat.[21])

Auch wenn die Übernehmerin, wie dies häufig und in großem Umfange zu beobachten ist, Aktien der übertragenden Gesellschaft in ihrem Besitz hat, muß es ihr überlassen bleiben, zu bestimmen, ob eine Aktienausgabe in der vollen Höhe des Übernahmewertes oder nur insoweit Platz greife, als sie nicht selbst an der andern Gesellschaft anteilsberechtigt ist. Hervorzuheben ist dabei, daß die Übernehmerin in ihrer Eigenschaft als Aktionärin in der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft bei der Beschlußfassung über den Veräußerungs-

---

[20]) Wallich, Die Konzentration im deutschen Bankwesen Bd. 47.

[21]) Lehmann, Aktiengesellschaften Bd. 2 1902 S. 524 und Rehm, Bilanzen 1903 S. 395.

vertrag nicht stimmberechtigt ist, weil der Vertrag die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit ihr betrifft (§ 252 Abs. 3). Diese von Staub[22]) erwähnte Schwierigkeit kann aber durch Übertragung des Aktienbesitzes an nahestehende Personen, verbunden mit späterer Rückübertragung, beseitigt werden. Gerade die Möglichkeit, in der Generalversammlung auf diesem Wege ihre Stimmen zur Geltung zu bringen und dadurch auf deren Beschlüsse maßgebenden Einfluß zu gewinnen, veranlaßt die Übernehmerin oft, sich vor Einleitung der Fusionsverhandlungen in den Besitz eines größeren Aktienpostens zu setzen.

Um den Tatbestand der Fusion ganz zu erfüllen, muß zu der — auch der Fusion mit Liquidation eigentümlichen — Art der Gegenleistung noch als weitere Besonderheit die Vereinbarung des Liquidationsausschlusses hinzutreten. Der Abschluß dieser Vereinbarung unterscheidet sie allein, wie bereits in der Einleitung bemerkt, von der Fusion des § 305 und verleiht ihr den ihrem Wesen eigenen Charakter. Das bei sonstigen Auflösungen erforderliche gesetzliche Auseinandersetzungsverfahren kommt in Wegfall, und es steht der „sofortigen Verschmelzung" der Gesellschaften kein Hindernis mehr im Wege. Zugleich bildet gerade dieses Merkmal den Berührungspunkt der Fusion mit der Verstaatlichung.

Das Ergebnis ist, daß die Fusion die Verwertung des Vermögensganzen einer Aktiengesellschaft mit § 303, den Ausschluß der Liquidation mit § 304 und die Rechtsperson der Übernehmerin sowie die Art der zu gewährenden Gegenleistung mit § 305 gemeinsam hat. Das Gesetz (§ 306) schreibt die Anwendung dieser verwandten Bestimmungen teils durch unmittelbare (hinsichtlich §§ 304, 305), teils durch mittelbare Bezugnahme (hinsichtlich § 303 Abs. 1 durch § 304 Abs. 2) vor. Neben diesen Vorschriften sind für die Fusion weiterhin die besonderen zum Schutze der Gläubiger gegebenen Rechtssätze (§ 306 Abs. 2—6) maßgebend.

Die Durchführung der Fusion.

Die natürliche Rechtsgrundlage der Fusion, wie einer jeden Verwertung des Vermögensganzen einer Aktiengesellschaft gegen

[22]) Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 303 A. 6.

Gewährung von Aktien einer anderen, bildet der Abschluß eines Vertrages der beteiligten Gesellschaften, durch den sich die aufzunehmende Gesellschaft verpflichtet, ihr Vermögen als Ganzes auf die übernehmende Gesellschaft zu übertragen, und diese als Gegenleistung die Gewährung von Aktien ihrer Gesellschaft an die übertragende verspricht. Neben diesen hauptsächlichen Bestimmungen muß der Vertrag Vereinbarungen treffen über die Art, den Nennbetrag und die Anzahl der zu gewährenden Aktien, insbesondere also darüber, ob Inhaber- oder Namenaktien geschaffen werden sollen, über welchen Betrag die einzelnen Aktien lauten, zu welchem Kurse sie ausgegeben werden und wie viele auf eine bestimmte Anzahl von Aktien der übertragenden Gesellschaft entfallen sollen. Gegebenenfalls hat der Vertrag auch die Bezeichnung derjenigen einzelnen Gegenstände zu enthalten, welche von der Veräußerung ausgeschlossen sein sollen. Weiterhin wird zweckmäßig auch der Zeitpunkt der beginnenden Gewinnberechtigung der zu gewährenden Anteile, falls dieser nicht mit dem Eintritt der Fusionswirkungen zusammenfallen soll, mit aufzunehmen sein. Schließlich können in dem Veräußerungsvertrage noch sonstige Vereinbarungen und Erklärungen mannigfacher Art niedergelegt werden, sofern nicht das Wesen der Fusion sowie die gesetzlichen Bestimmungen ihrer Aufnahme entgegenstehen.

Der Vertrag wird für beide Gesellschaften durch ihre gesetzlichen Vertreter, die Vorstände, und zwar im Zweifel durch deren sämtliche Mitglieder abgeschlossen. Er ist als ein Vertrag, durch welchen sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen, gemäß § 311 BGB. gerichtlich oder notariell zu beurkunden. Die Beobachtung dieser Form bildet die Voraussetzung seiner Gültigkeit. Ihr Mangel kann durch Vertragserfüllung nicht geheilt werden.

Der Veräußerungsvertrag bedarf der Genehmigung seitens der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft. Dies fordern die §§ 303 Abs. 1 u. 305 Abs. 2; insbesondere schreibt letzterer vor, daß der von der Übernehmerin zu bewirkenden Anmeldung der erfolgten Kapitalerhöhung „der von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigte Vertrag

über die Vermögensübertragung“ beizufügen ist. Der Generalversammlung ist sonach der von den beiderseitigen Vorständen abgeschlossene Veräußerungsvertrag zur Genehmigung vorzulegen. Die Entscheidung über die Frage der Verschmelzung überhaupt, als auch über die Einzelbestimmungen des Fusionsvertrages ist also der unbeschränkten Vertretungsmacht des Vorstandes entzogen. Der Generalversammlungsbeschluß ist ein unerläßliches Erfordernis der Gültigkeit des Vertrages, sowohl der Übernehmerin als auch dritten Personen gegenüber. Selbst deren guter Glaube schützt sie nicht. Es können aus einem ohne Genehmigung der Generalversammlung abgeschlossenen Vertrage keine Rechte gegen die übertragende Gesellschaft oder ihre Vorstandsmitglieder hergeleitet werden, denn es muß dem Gegner bekannt sein, daß eine Überschreitung der Vertretungsmacht des Vorstandes vorliegt (§ 179 Abs. 3 BGB.).

Wegen der großen Bedeutung des Fusionsvertrages für das Schicksal der übertragenden Gesellschaft fordert das Gesetz für den genehmigenden Beschluß eine Mehrheit von $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals. Verschärfungen dieses Erfordernisses, etwa Einstimmigkeit der Versammlung oder zweimaliger Generalversammlungsbeschluß innerhalb gewisser Frist vorzuschreiben, soll dem Gesellschaftsvertrag überlassen bleiben. Eine Milderung der gesetzlichen Vorschrift ist unstatthaft. Besitzt die Übernehmerin Aktien der übertragenden Gesellschaft und nimmt sie an der Generalversammlung teil, so kann sie, da der Beschluß, wie schon erwähnt, die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit ihr betrifft, ihr Stimmrecht nicht — auch nicht in Vertretung anderer — ausüben (§ 252 Abs. 3). Diese Beschränkung trifft jedoch nicht die Aktionäre der Übernehmerin, die zugleich Aktionäre der übertragenden Gesellschaft sind, da sie nicht die Vertragspartei bilden.

Inhaltlich kann der Beschluß entweder die Genehmigung erteilen oder versagen. Im Falle der Erteilung der Genehmigung darf sich der Beschluß nicht darauf beschränken, zu erklären, daß die Gesellschaften beschließen, ihr Vermögen gegen Gewährung von Aktien der Übernehmerin zu übertragen, sondern er muß sich inhaltlich mit allen Einzelheiten des Vertrages decken,

was am zweckmäßigsten durch Bezugnahme auf ihn geschieht.[1]) Ein Beschluß des Inhalts, daß die Generalversammlung den Vertrag, soweit er die Verschmelzung selbst betreffe, genehmige, sich aber mit einzelnen Bestimmungen desselben nicht einverstanden erkläre, ist natürlich als eine Verweigerung der Genehmigung anzusehen.

Der mit einer Nichtgenehmigung des bereits in aller Form abgeschlossenen Vertrages verbundene Aufwand — insbesondere an Kosten — eines nochmaligen Vertragsabschlusses und einer zweiten, zur Beschlußfassung über den abgeänderten Vertrag zu berufenden Generalversammlung läßt die angegebene, im Gesetz vorgesehene Anordnung der Geschäfte als unzweckmäßig erscheinen. Zur Vermeidung solcher Weiterungen empfiehlt es sich vielmehr, den notariellen Abschluß des Vertrages dem Generalversammlungsbeschluß nachfolgen zu lassen, in der Art, daß die beiderseitigen Vorstände zunächst das Ergebnis ihrer Verhandlungen in einem nicht beurkundeten Vertrage schriftlich niederlegen, diesen Vertrag sodann der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft zur Zustimmung unterbreiten und erst nach erteilter Zustimmung gerichtlich oder notariell beurkunden lassen. Die Generalversammlung kann auf diese Weise in dem Vertrage ihre etwaigen Abänderungswünsche durch bedingte Zustimmung zur Geltung bringen, ohne daß eine zweite Generalversammlung und notarielle Beurkundung notwendig wird.

Der Wahl dieser zeitlichen Folge von Generalversammlungsbeschluß und Vertragsabschluß steht nicht entgegen, daß das Gesetz im § 305 Abs. 2 von einer Genehmigung[2]) des Vertrages, d. h. nach dem Sprachgebrauch des BGB. § 184, einer nachträglichen Zustimmung spricht, denn im Bürgerlichen Gesetzbuch handelt es sich sowohl bei der „Einwilligung", d. i. der vorhergehenden Zustimmung, als auch bei der „Genehmigung" stets um eine Zustimmung Dritter, während hier eine Willenserklärung nicht dritter Personen, sondern der Generalversamm-

[1]) vgl. die Ausführungen bei Lehmann-Ring Bd. 1 § 303 N. 3; insbes. auch über die Frage der allgemeinen Ermächtigung des Vorstandes durch die Generalversammlung zum Abschluß eines Fusionsvertrages.

[2]) § 305 Abs. 2 sagt: . . . der „genehmigte" Vertrag ist beizufügen . . .

lung als des obersten, die beteiligte Aktiengesellschaft selbst in vollstem Maße verkörpernden Organes in Frage steht. Da die Zustimmung vom Standpunkte der Generalversammlung aus also nicht zu einem fremden, sondern zu einem eigenen, durch ihre Vertreter abgeschlossenen Geschäft in Betracht kommt, so müßte, um der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches[3]) zu folgen, zutreffender von einer „Bestätigung" des Vertrages gesprochen werden.

Während der Beschluß im Regelfalle des § 303 die Auflösung der Aktiengesellschaft und somit den Eintritt des Liquidationsverfahrens unmittelbar zur Folge hat (§§ 303 Abs. 2, 194 Abs. 1), kann diese Wirkung bei der Fusion nicht angenommen werden. Das ergibt sich sowohl aus dem Zweck und dem Sinne der Fusion, als auch aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften des § 304. Denn die Fusion ist, wie die Verstaatlichung, eine liquidationslose Art der Verwertung des Vermögensganzen einer Aktiengesellschaft. Der rechtswirksame Ausschluß der Liquidation tritt aber erst mit der Eintragung des Ausschließungsbeschlusses ein (§ 304 Abs. 4). Es würde nun völlig sinnlos sein, wollte man hier für die Zeit vom Zustimmungsbeschlusse bis zum Eintritt dieser Rechtswirkung das Liquidationsverfahren eintreten lassen, um es alsbald wieder auszuschließen. Zudem ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber im § 304 Abs. 1 nur um deswillen von der gleichzeitigen Fassung der beiden die Vermögensübertragung und den Liquidationsausschluß betreffenden Beschlüsse ausgeht (§ 304), um den durch eine zeitliche Trennung derselben bedingten Widerspruch in ihren Wirkungen zu beseitigen. Die darin zum Ausdruck gebrachte Absicht des Gesetzgebers, die Auflösung der Gesellschaft nicht schon vor Eintragung des Ausschließungsbeschlusses eintreten zu lassen, muß auch dann Berücksichtigung finden, wenn die genannten Beschlüsse entgegen der gesetzlichen Annahme in getrennten Verhandlungen gefaßt werden. Dabei ist daran festzuhalten, daß als Rechtsgrund der Gesellschaftsauf-

---

[3]) vgl. BGB. §§ 141, 144, 1337, 1341, 2284; aber auch § 1741 in Verb. mit § 1754 Abs. 2; dort etwa i. S. von „Bescheinigung".

lösung der Zustimmungsbeschluß zum Veräußerungsvertrage, nicht etwa der Beschluß betreffend die Ausschließung des Liquidationsverfahrens oder seine Eintragung in Betracht kommt. Nur die Wirksamkeit der Auflösung wird dem Sinne der Fusion als eines einheitlichen Rechtsvorganges entsprechend bis zum Zeitpunkte der Ausschließung des Liquidationsverfahrens, der Eintragung des ausschließenden Beschlusses, hinausgeschoben. Die gegenteilige Ansicht wird nur von Goldmann[4]) vertreten, während Makower[5]) die dargestellte Rechtsauffassung nur im Falle der Gleichzeitigkeit beider Beschlüsse gelten lassen will. Lehmann-Ring[6]) teilt die hier vertretene Ansicht, führt sie aber auf den mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien zurück. Immerhin empfiehlt es sich zum Zwecke der zweifelsfreien Klarstellung der Rechtslage, daß die Beteiligten bei Abschluß des Vertrages durch Aufnahme einer Bedingung ihren Willen dahin kundgeben, daß die auflösende Wirkung des Zustimmungsbeschlusses nicht vor der Eintragung des Ausschließungsbeschlusses eintreten soll.

Einer Anmeldung und Eintragung des Beschlusses bedarf es nicht. Sie kann auch dann nicht gefordert werden, wenn die Auflösung der Gesellschaft als die unmittelbare Folge des Beschlusses betrachtet wird. Denn nicht die Ursache der Auflösung, der Beschluß, sondern die Auflösung selbst ist zur Eintragung anzumelden (§§ 293, 304 Abs. 3). Die abweichende Auffassung Staubs,[7]) daß der Beschluß einzutragen sei, beruht auf einer Verwechselung von Ursache und Wirkung.

Es kann nun der Fall eintreten, daß die durch den Zustimmungsbeschluß mittelbar bewirkte Auflösung dem Gesellschaftsvertrage, insbesondere seiner etwaigen Bestimmung, daß die Gesellschaft erst mit Eintritt eines bestimmten künftigen Zeitpunktes aufgelöst werde, zuwiderläuft. Alsdann setzt die Auflösung eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages voraus. Um diesem Erfordernis zu genügen, kann die General-

---

[4]) Goldmann, HGB. Bd. 2 § 304 A. 5 Abs. 2 u. 3.
[5]) Makower, HGB. Bd. 1 (13) § 304 II.
[6]) Lehmann-Ring Bd. 1 § 304 N. 3.
[7]) Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 305 A. 15.

versammlung vor Eintritt der Auflösung, also vor ihrer Eintragung, die Statutenänderung unter Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 274 ff. beschließen und, da die Wirksamkeit des Abänderungsbeschlusses von seiner Eintragung abhängt (§ 277 Abs. 3), den Beschluß zur Eintragung in das Handelsregister anmelden. Dies ist der natürliche, aber auch umständliche Weg zur Beseitigung des rechtlichen Hindernisses. Es ist möglich, ohne einen besonderen Abänderungsbeschluß auszukommen. Es kann bereits in dem die Auflösung begründenden Zustimmungsbeschluß dem Willen der Beteiligten entsprechend ein die Satzung ändernder Beschluß erblickt werden. Dabei entsteht aber die Frage, ob alsdann für den Beschluß neben den Vorschriften über den Zustimmungsbeschluß auch die für einen Abänderungsbeschluß geltenden Bestimmungen für maßgebend zu erachten sind; denn die Erfordernisse können, wiewohl sie im Gesetze grundsätzlich für beide Beschlüsse die gleichen sind, für den Abänderungsbeschluß durch den Gesellschaftsvertrag verschärft sein (vgl. § 275). Die Beantwortung dieser Frage wird zugleich entscheiden, ob der Beschluß als Abänderungsbeschluß der für jeden abändernden Beschluß geforderten Eintragung bedarf, und, da diese rechtserzeugender Natur (§ 277), der Eintritt der Auflösung bis zum Zeitpunkte jener Eintragung hinausgeschoben wird.

Staub[8]) führt hierzu aus, daß in einer jeden die statutenmäßige Dauer der Gesellschaft abkürzenden Änderung des Gesellschaftsvertrages ein auf Auflösung abzielender Beschluß zu erblicken und daher auch die gesetzlichen Erfordernisse nach beiden Richtungen hin zu erfüllen seien. Dagegen wenden sich Lehmann[9]) und Goldmann[10]) mit der Behauptung, es bestehe ein wesentlicher Unterschied zwischen dem grundsätzlich sofort wirkenden Auflösungsbeschlusse und einem die satzungsgemäße Dauer der Gesellschaft abkürzenden Abänderungsbeschlusse; dieser habe das Fortbestehen der Gesellschaft zur Voraussetzung und werde erst in Zukunft wirksam; jener habe die sofortige

---

[8]) Staub, HGB. Bd. 1 (8) §§ 305 A. 15, 293 A. 4 u. 292 A. 5.
[9]) Lehmann, Aktiengesellschaften Bd. 2 1902 S. 507.
[10]) Goldmann, HGB Bd. 2 §§ 305 N. 3, 293 N. 3 u. 4.

Auflösung zur Folge. Es könne deshalb der die Eintragung fordernde § 277, da er das Fortbestehen der Gesellschaft notwendig voraussetze, vorliegend nicht zur Anwendung gelangen.

Der Ansicht Staubs ist beizutreten. Denn auf Grund eines die statutengemäße Dauer der Gesellschaft abkürzenden Beschlusses löst sich dieselbe mit dem Eintritt des in ihm bestimmten Zeitpunktes von selbst auf. Ein besonderer Auflösungsbeschluß ist nicht erforderlich; vielmehr wird dieser durch den abändernden Beschluß ersetzt. Die doppelte Natur des Generalversammlungsbeschlusses fordert daher die Beobachtung der Formvorschriften nach beiden Richtungen hin, also gegebenenfalls der für einen Auflösungsbeschluß bestehenden verschärften Vorschriften. Der von Lehmann und Goldmann angeführte Unterschied zwischen dem die statutengemäße Dauer abkürzenden Beschluß und einem sofort wirksamen Auflösungsbeschluß ist nicht wesentlicher Art und auch praktisch nicht durchführbar. Die beschlossene Statutenänderung ist, da sie erst mit ihrer Eintragung wirksam wird (§ 277 Abs. 3), zum Handelsregister anzumelden. Da die Eintragung der Auflösung nicht vor der Eintragung der Statutenänderung bewirkt werden kann, so hat die Anmeldung und Eintragung der letzteren zuvor zu erfolgen; sie kann aber auch gleichzeitig mit der Anmeldung und Eintragung der Auflösung stattfinden. Die Anmeldung hat sowohl zu dem Register der Haupt-, als auch der Zweigniederlassung zu erfolgen, kann aber nur zu letzterem durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§§ 319 Abs. 2, 14).

Die besondere Rechtsnatur der Fusion als einer liquidationslosen Vermögensverwertung bedingt weiterhin die ausdrückliche Vereinbarung, daß die Liquidation unterbleiben soll (§ 306 Abs. 1). Auch deren Abschluß fällt in den Machtbereich der beiderseitigen Vorstände und ist im Sinne des Gesetzes zweckmäßig mit dem des Veräußerungsvertrages zu verbinden. Eine besondere Form ist für die Vereinbarung nicht vorgeschrieben, so daß sie, auch mündlich abgeschlossen, gültig ist. Jedoch ist ihre schriftliche Niederlegung zum Zwecke der späteren, im § 304 Abs. 3 geforderten Einreichung zum Handelsregister notwendig.

Die Ausschließung der Liquidation kann auch dann vereinbart werden, wenn die Gesellschaft bereits zuvor aufgelöst war und sich im Zustande der Liquidation befindet. In diesem Falle hat die Abrede dahin zu erfolgen, daß das Liquidationsverfahren fortan unterbleiben soll. Bei der Vereinbarung des Ausschlusses selbst, als auch bei dem Abschluß des Veräußerungsvertrages, treten an Stelle der Vorstandsmitglieder die Liquidatoren als die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft (§ 298 Abs. 2). Die Folge des Ausschließungsvertrages ist alsdann, daß mit seiner Wirksamkeit das schwebende Liquidationsverfahren, in welchem Stadium es sich auch befinden mag, beendet wird und die für die liquidationslose Gesamtverwertung geltenden besonderen Vorschriften der §§ 304 u. 306 von nun an zur Anwendung gelangen.

Die Vereinbarung des Liquidationsausschlusses bedarf, wie der Veräußerungsvertrag, der Genehmigung seitens der übertragenden Gesellschaft. Für den Beschluß sind die gleichen Formvorschriften wie für den Zustimmungsbeschluß zu jenem Vertrage maßgebend (§ 304 Abs. 2). Es gilt daher hier das zu dem genannten Beschlusse Gesagte, insbesondere über die erforderliche Stimmenzahl, die Ungültigkeit einer nicht genehmigten Vereinbarung und die Reihenfolge von Vereinbarung und Zustimmung.

Während aber der Zustimmungsbeschluß zum Veräußerungsvertrage einer Eintragung im Handelsregister nicht bedarf, ist sie für den Ausschließungsbeschluß vom Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben (§ 304 Abs. 3). Die Anmeldung hat zugleich mit der Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft zu erfolgen. Es ist also anzumelden, daß die übertragende Aktiengesellschaft aufgelöst, und durch Beschluß der Generalversammlung die Liquidation ihres Vermögens ausgeschlossen sei. War die Gesellschaft bereits zuvor aufgelöst und die Auflösung zur Anmeldung und Eintragung gelangt, so bedarf es natürlich einer erneuten Anmeldung der Auflösung nicht. Vielmehr ist lediglich der die Fortsetzung der Liquidation ausschließende Beschluß durch die Liquidatoren zur Eintragung anzumelden (§ 298 Abs. 2). Die Anmeldung ist gemäß § 13 zu dem Register der Haupt- und

alsdann der Zweigniederlassung der beschließenden Gesellschaft zu bewirken. Zur Erzwingung der Anmeldung kann das Ordnungsstrafrecht des § 14 nicht von dem Gerichte der Hauptniederlassung, wohl aber von dem der Zweigniederlassung zur Anwendung gebracht werden (§ 319 Abs. 2).

Bei der Anmeldung — auch zu den Registern der Zweigniederlassung — ist als Anlage der mit der Übernehmerin abgeschlossene Vertrag in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß hier der Veräußerungsvertrag und nicht der Ausschließungsvertrag gemeint ist,[11]) denn letzterer ist inhaltlich bereits in dem eingereichten Ausschließungsbeschlusse enthalten. Zudem hat das Gebot der Vertragsbeifügung offensichtlich den Zweck, dem Registerrichter vor Eintragung des Ausschließungsbeschlusses die Prüfung der gegnerischen Gebundenheit an den Vertrag zu ermöglichen. Diese Prüfung ist bei der Verstaatlichung von großer Bedeutung; denn mit der Eintragung des die Liquidation ausschließenden Beschlusses tritt die volle Rechtswirkung der Verstaatlichung, der Untergang der Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft und der Übergang ihres Vermögens auf die übernehmende Körperschaft ein (§ 304 Abs. 5). Vor Eintritt dieser Wirkungen soll dem Registerrichter der Nachweis erbracht werden, daß der Übernehmer an den zugrunde liegenden Übernahmevertrag gebunden ist, damit nicht etwa die übertragende Gesellschaft ihrer personen- und vermögensrechtlichen Persönlichkeit verlustig geht, ohne daß eine hinreichende Gewähr für ihre Fortsetzung in der übernehmenden Körperschaft als ihrer Rechtsnachfolgerin, insbesondere den Gesellschaftsgläubigern gegenüber geleistet ist. Zum Nachweis der Gebundenheit des Übernehmers ist aber die Vorlage des gerichtlich oder notariell beurkundeten Veräußerungsvertrages erforderlich und genügend, denn die in ihm von seinen rechtmäßigen Vertretern abgegebenen Erklärungen binden den Übernehmer.

---

[11]) Lehmann-Ring Bd. 1 § 304 N. 3 fordert die Einreichung beider Vertragsurkunden.

Nicht so bei der Fusion. Die ihr gegenüber der Verstaatlichung in der Regel eigentümliche Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft verschiebt gänzlich den Zeitpunkt der Wirkungen des Übertragungsvertrages. Denn dadurch, daß die Übernehmerin auch ihrerseits in einer Generalversammlung über die Erhöhung ihres Grundkapitals beschließen muß, wird ihr ein Recht der Genehmigung des durch ihre Vertreter abgeschlossenen Übernahmevertrages gewährt. Die in ihm abgegebenen Erklärungen sind aber auch schon ohnehin kraft Gesetzes der Übernehmerin gegenüber unwirksam, weil sie vor dem Kapitalerhöhungsbeschlusse abgegeben sind, denn sie enthalten eine „Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien" gemäß § 283 Abs. 2. Der Veräußerungsvertrag entbehrt also vor der Wirksamkeit des Erhöhungsbeschlusses, d. h. vor seiner Eintragung (§ 277 Abs. 3), der übernehmenden Gesellschaft gegenüber der bindenden Kraft. Die Beifügung des Vertrages setzt somit den Registerrichter bei der Fusion nicht in die Lage, die Gebundenheit der Übernehmerin nachzuprüfen. Dazu kommt, daß die rechtliche Bedeutung der Eintragung des Ausschließungsbeschlusses im Fusionsverfahren eine völlig andere ist. Sie bildet nicht, wie bei der Verstaatlichung, den Abschluß des gesamten Verschmelzungsverfahrens und vereinigt in sich nicht die Wirkungen des Unterganges der Rechtspersönlichkeit und des Überganges des Vermögensganzen der übertragenden Gesellschaft. Diese Wirkungen treten hier vielmehr erst mit der Eintragung der erfolgten Kapitalerhöhung der Übernehmerin ein. Denn aus § 287 Abs. 1, welcher besagt, daß Aktien und Interimsscheine vor jener Eintragung nicht ausgegeben werden können, ergibt sich, daß die Erhöhung des Grundkapitals rechtlich erst in diesem Zeitpunkte erfolgt, daß die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft alsdann erst Aktionäre der Übernehmerin werden, und daß die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft in diesem Augenblicke untergeht.[12]) Aus dem Wesen der Fusion als eines Rechtsvorganges, dessen mehrfache Wirkungen bei sinngemäßer Rechtsauffassung nicht zu verschiedenen Zeiten

[12]) RG. Bd. 31 S. 21.

eintreten sollen, muß notwendig gefolgert werden, daß diese personenrechtliche Wirkung von der vermögensrechtlichen zeitlich nicht getrennt werden kann, daß mit dem Untergang der Rechtspersönlichkeit auch der Übergang ihres Vermögens zusammenfällt.[13]) Mitgliedschaft und Vermögensrechte sind bei der Aktiengesellschaft so innig verwachsen, daß sie getrennt nicht gedacht werden können. Es ist daher nicht angängig, die Bestimmung des § 304 Abs. 5, daß mit der Eintragung des die Liquidation ausschließenden Beschlusses der Vermögensübergang als erfolgt gilt, auf die Fusion in Anwendung zu bringen. Mit Rücksicht auf die veränderte Rechtslage schreibt daher auch das Gesetz nicht eine strenge, sondern eine entsprechende, d. h. dem Sinne der Fusion nicht zuwiderlaufende Anwendung des § 304 vor[14]) (§ 306 Abs. 1). Weil nun bei der Fusion einerseits die Vertragsverpflichtungen der Übernehmerin vor Eintragung des Erhöhungsbeschlusses nicht wirksam werden können, anderseits der Eintragung des Ausschließungsbeschlusses die Wirkung des Unterganges der Rechtspersönlichkeit und des Überganges des Vermögens der übertragenden Gesellschaft nicht zukommt, so ist eine Vorlage des Veräußerungsvertrages bei der Anmeldung des Ausschließungsbeschlusses nicht nur nicht geeignet, die durch sie bezweckte Prüfung der gegnerischen Gebundenheit zu ermöglichen, sondern auch um deswillen belanglos, weil im gedachten Zeitpunkte sich auch in der Rechtslage der übertragenden Gesellschaft eine so wesentliche Rechtsänderung, daß sie eine Gewährleistung seitens der Übernehmerin forderte, nicht vollzieht. Diese mangelnde Rechtsbedeutung der Eintragung des Ausschließungsbeschlusses und der in ihr liegende wesentliche Unterschied von der Verstaatlichung wird von der Meinung unbeachtet gelassen, welche verlangt, daß neben der Vertragsurkunde, weil sie allein den Beweis der Bindung der Übernehmerin nicht zu liefern vermag, auch noch den Nachweis der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses

---

[13]) KG v. 29. 3. 1906 in Bauers Zeitschr. Bd. 14 S. 133ff.

[14]) vgl. Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 306 A. 12 und Goldmann Bd. 2 § 306 N. 6 Abs. 2.

durch Beifügung des Registerauszuges oder durch Bezugnahme auf die Eintragung erbracht werde.[15]) Diese Ansicht verkennt, daß die Prüfung der Gebundenheit der Übernehmerin nur in dem Zeitpunkte von rechtlicher Bedeutung ist, in welchem für die übertragende Gesellschaft die entscheidenden Wirkungen der Fusion eintreten. Der Registerrichter kann aus diesen Gründen die Beifügung noch anderer Urkunden als der Vertragsurkunde nicht fordern. Diese setzt ihn aber nicht in den Stand, die Gebundenheit der Übernehmerin zu prüfen, sondern ermöglicht ihm lediglich, vor Eintragung der Auflösung der übertragenden Gesellschaft die Rechtmäßigkeit des derselben zugrunde liegenden Vertrages festzustellen.

Diese bedeutsame Verschiebung der Rechtslage gegenüber der Verstaatlichung findet naturgemäß nur dann statt, wenn die Fusion zugleich eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft mit sich bringt. Werden bereits vorhandene Aktien als Gegenleistung gewährt, so kommt der Kapitalerhöhungsbeschluß und somit auch die Eintragung einer erfolgten Kapitalerhöhung in Wegfall. Die mit jenen Rechtshandlungen verbundenen Wirkungen treten alsdann bereits in einem früheren Zeitpunkt ein. Die Vertragsverpflichtung der Übernehmerin zur Gegenleistung enthält keine Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien. Mangels dieser Voraussetzung entfällt daher die im § 283 Abs. 2 ausgesprochene Hinausschiebung der Wirksamkeit der Verpflichtung auf den Zeitpunkt der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses. Die Übernehmerin wird schon durch den Abschluß des Veräußerungsvertrages seitens der Gesellschaftsvertreter rechtswirksam verpflichtet. Selbstverständlich bleibt es dem Gesellschaftsvertrag vorbehalten, die Vertretungsmacht des Vorstandes durch das Erfordernis eines Generalversammlungsbeschlusses zu beschränken. Eine dahingehende Vorschrift vermag jedoch Dritten, also auch der übertragenden Gesellschaft gegenüber, die Bindung der Übernehmerin nicht über den Vertragsabschluß hinaus zu verschieben, es sei denn,

[15]) Lehmann-Ring, HGB. Bd. 1 § 306 N. 3; vgl. Makower, HGB. Bd. 1 (13) § 306 III a, 3 und Gern, Die Fusion von Aktiengesellschaften 1907 S. 23ff.

daß im Vertrage ein entsprechender Vorbehalt gemacht ist. — Gleichermaßen verlegt die fehlende Eintragung der erfolgten Kapitalerhöhung die mit ihr verbundenen Wirkungen des Untergangs der Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft und des Übergangs ihres Vermögens auf den Zeitpunkt der Eintragung des Ausschließungsbeschlusses. Denn die Bestimmung des § 287, aus der die Verschmelzung der persönlichen Substrate[16]) im Zeitpunkte der Eintragung der Erhöhung hergeleitet wird, kann dann nicht mehr in Betracht kommen, und es steht daher der strengen Anwendung der Vorschrift des § 304 Abs. 5, daß mit der Eintragung des Ausschließungsbeschlusses der Vermögensübergang als erfolgt gelte, kein Hindernis im Wege. Das innere Abhängigkeitsverhältnis zwischen der personen- und der vermögensrechtlichen Wirkung bedingt dann auch die Gleichzeitigkeit ihres Eintritts im Zeitpunkte der Eintragung des Ausschließungsbeschlusses. In diesem Falle wird also durch Beifügung der Vertragsurkunde die Prüfung der gegnerischen Gebundenheit möglich und von Bedeutung. Daraus ergibt sich, daß die Fusion ohne Kapitalerhöhung in ihrem Wesen und Hergange der Verstaatlichung sehr nahe kommt.

In der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird aber mit der Fusion eine Erhöhung des Grundkapitals verbunden sein. Diese fordert, als eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages, einen besonderen Beschluß und setzt somit auch die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft in Tätigkeit (§ 274).

Zu den formellen Voraussetzungen des Kapitalerhöhungsbeschlusses gehört, wie bei jeder Statutenänderung, daß der wesentliche Inhalt der beabsichtigten Änderung bereits bei der Berufung der Generalversammlung in der Bekanntmachung angekündigt wird (§§ 274 Abs. 2, 255, 256). Es genügt nicht, wenn als Punkt der Tagesordnung lediglich die Änderung der die Höhe des Grundkapitals festsetzenden Statutenbestimmung aufgeführt wird. Es ist zum mindesten die Absicht der Kapitalerhöhung deutlich zum Ausdruck zu bringen. Da eine Verletzung dieser Ordnungsvorschrift eine „Verletzung des Gesetzes“ be-

---

[16]) Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 306 A. 12.

deutet, so gewährt sie dem Aktionär das Recht der Anfechtung des auf Grund der mangelhaften Ankündigung ergangenen Beschlusses nach Maßgabe des § 271. Abweichend hält Makower[17]) die Anfechtung deshalb nicht für statthaft, weil das Anfechtungsverfahren eine Nichtigkeitserklärung bezweckt, die Verletzung einer bloßen Ordnungsvorschrift aber niemals die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes zur Folge haben könne. Demgegenüber ist zu bemerken, daß es sich hier zwar um einen durch Nichtanfechtung heilbaren, nicht ipso iure die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes bewirkenden Mangel handelt, daß aber, da § 271 für die Verletzung einer Ordnungsvorschrift keine Ausnahme zuläßt, die Anfechtungsklage, wie bei jeder Gesetzesverletzung, die Nichtigkeitserklärung des Rechtsgeschäftes ergeben kann.

Der erhöhende Beschluß bedarf einer Mehrheit von gleichfalls $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals. Es ist aber dem Gesellschaftsvertrage überlassen, das Stimmenverhältnis entweder verschärfend oder auch mildernd zu ändern, jedoch nur bis zur Grenze der einfachen Stimmenmehrheit, ohne welche es einen Generalversammlungsbeschluß nicht geben kann (§ 251). Bei mehreren Aktiengattungen von verschiedener Berechtigung bedarf es dazu noch eines unter gleichen Voraussetzungen zu fassenden Sonderbeschlusses der Aktionäre einer jeden Gattung. Zur Gültigkeit des Sonderbeschlusses ist ebenfalls eine vorherige ausdrückliche Ankündigung desselben bei der Bekanntgabe der Tagesordnung erforderlich, damit die Aktionäre der verschiedenen Gattungen über das Recht ihrer gesonderten Abstimmung hinreichend unterrichtet sind (§ 278 Abs. 2). In dem Falle, daß das bisherige Verhältnis mehrerer Gattungen von Aktien von verschiedener Berechtigung zum Nachteil einer Gattung geändert werden soll, ist im Gegensatz zu anderen Statutenänderungen hier ein besonderer Beschluß der benachteiligten Aktionäre nicht erforderlich (§ 278 Abs. 2 in Verb. mit § 275).

Was den Inhalt des Kapitalerhöhungsbeschlusses betrifft, so hat er sowohl den Betrag, um wie viel das Grundkapital er-

---

[17]) Makower, HGB. Bd. 1 (13) § 271 IIIa.

höht werden soll, als auch den Nennwert der auszugebenden Aktien anzugeben. Dies ergibt sich aus § 182, nach welchem der Gesellschaftsvertrag die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien festzusetzen hat. Weiterhin hat der Beschluß, da der Gegenwert bei der Fusion in einer Sacheinlage auf das sich erhöhende Grundkapital besteht, den Gegenstand der Sacheinlage, also das Vermögen der übertragenden Gesellschaft sowie den Betrag, d. h. die Gesamthöhe der für die Einlage zu gewährenden Aktien zu bezeichnen (§ 279). Ist eine der vorgeschriebenen Festsetzungen über die Sacheinlage im Erhöhungsbeschlusse nicht erfolgt, so ist das ihm zugrunde liegende „Abkommen", vorliegend also der Übernahmevertrag, der übernehmenden Gesellschaft gegenüber unwirksam (§ 279 Abs. 2). Es tritt sonach weder durch den Beschluß noch durch seine Eintragung eine Vertragsbindung der Übernehmerin ein. Die grundsätzlich davon unabhängige Frage nach der Gültigkeit des gleichzeitig gefaßten Kapitalerhöhungsbeschlusses ist darnach zu entscheiden, ob die Erhöhung auch ohne den Übernahmevertrag als gewollt anzusehen ist. Bei der Fusion wird dies regelmäßig verneint werden müssen und der Kapitalerhöhungsbeschluß daher gemäß § 139 BGB. als ungültig zu betrachten sein.[18])

Stellt sich der Veräußerungsvertrag als eine Nachgründung im Sinne der §§ 207, 208 dar, so bedarf es bei dem Erhöhungsbeschlusse weiterhin der Beobachtung der in den genannten Bestimmungen gegebenen erschwerenden Sondervorschriften, insbesondere eines vom Aufsichtsrate zuvor einzureichenden Prüfungsberichtes und hinsichtlich der Abstimmung einer Mehrheit von $^3/_4$ der abgegebenen Stimmen, die hier jedoch nicht durch die Statuten gemildert werden kann.

Soll die Ausgabe der neuen Aktien zu einem den Nennbetrag übersteigenden Betrag erfolgen, so hat der Kapitalerhöhungsbeschluß den Betrag ausdrücklich festzusetzen, unter welchem die Ausgabe der Aktien nicht erfolgen darf (§ 278 Abs. 3). Da es aber bei der Fusion eine Barzahlung des Agios durch die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft nicht geben kann,

---

[18]) vgl. RG. im Recht 1902 S. 593.

so ist dieser Mehrbetrag durch die Angabe des Umtauschverhältnisses zwischen den Aktien der Übernehmerin und denen der übertragenden Gesellschaft zu ersetzen, etwa in der Art, daß bestimmt wird, daß für drei Aktien der übertragenden Gesellschaft zwei neue eingetauscht werden sollen.

Im Gegensatz zu den sonstigen Kapitalerhöhungen kann der Beschluß auch dann gefaßt werden, wenn das Grundkapital der Übernehmerin noch nicht voll eingezahlt ist bezw. die etwaigen Sacheinlagen noch nicht voll geleistet sind (§ 305 Abs. 1 in Verb. mit § 278 Abs. 1).[19]) Diese gesetzliche Vergünstigung rechtfertigt sich aus dem nicht auf Gelderwerb, sondern auf Sacherwerb gerichteten Zwecke der Fusion.

Die weiteren Besonderheiten des Fusionsverfahrens ergeben sich als selbstverständliche Folgen des Wesens dieser Verschmelzungsart. Mit ihr ist eine Zeichnung der neuen Aktien sowie ein Bezugsrecht der alten Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft nicht vereinbarlich, weil die übertragende Gesellschaft bezw. deren Aktionäre als Alleinberechtigte bei dem Umtausch der Aktien in Frage kommen. Die Bestimmungen der §§ 281 bis 283 Abs. 1 sind daher außer Anwendung gesetzt (§ 305 Abs. 1).

Zu seiner Wirksamkeit bedarf der Kapitalerhöhungsbeschluß der Eintragung im Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft (§ 277 Abs. 3). Die Anmeldung ist der besonderen Bedeutung des Geschäftes wegen durch sämtliche Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates in ihrer statutenmäßigen Besetzung[20]) zu bewirken (§ 280 Abs. 1), kann aber auch hier durch Ordnungsstrafen nicht erzwungen werden, weil der Eintritt des durch die Eintragung zu bewirkenden Rechtserfolges dem freien Willen der Anmeldepflichtigen bezw. der durch sie vertretenen Gesellschaft überlassen bleiben muß (§ 319 Abs. 2). Die Gesellschaftsorgane sind jedoch, wie in allen Fällen, kraft ihrer Stellung der Gesellschaft gegenüber zur Anmeldung verpflichtet. Die bei der Anmeldung sonstiger Kapitalerhöhungs-

---

[19]) Eine Ausnahme kann bei Versicherungsaktiengesellschaften durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden (§ 278 Abs. 1).

[20]) vgl. Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 280 A. 1.

beschlüsse abzugebende Versicherung der Volleinzahlung des Grundkapitals kommt hier natürlich in Wegfall (§§ 305 Abs. 1, 280 Abs. 2). Vor der Eintragung hat der Registerrichter der Hauptniederlassung die Rechtmäßigkeit des Beschlusses, insbesondere also die Beobachtung der Abstimmungsvorschriften zu prüfen. Dagegen steht ihm nicht die Prüfung der Gebundenheit der übertragenden Gesellschaft an den Veräußerungsvertrag zu, denn eine Kapitalerhöhung kann ganz unabhängig von den hier zugrunde liegenden Vereinbarungen geschlossen werden, und zudem ordnet das Gesetz erst bei der den Rechtserfolg bewirkenden Eintragung der erfolgten Kapitalerhöhung die Prüfung der gegnerischen Vertragsbindung an Hand des dort vorzulegenden genehmigten Veräußerungsvertrages an (§ 305 Abs. 2). Es erübrigt sich also die Prüfung vor der Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses.[21])

Die Anmeldung zu dem Register der Zweigniederlassung obliegt dem Vorstande allein (§ 286) und kann durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (§ 14). Vor erfolgter Eintragung im Register der Hauptniederlassung kann die Eintragung im Register der Zweigniederlassung gültig nicht erfolgen, denn die Wirksamkeit des Erhöhungsbeschlusses, die Bindung der Übernehmerin an den Vertrag, tritt nur durch Eintragung in das Register der Hauptniederlassung ein (§ 277 Abs. 3).[22])

Nach stattgehabter Anmeldung und Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ist nunmehr die Anmeldung und Eintragung der erfolgten Kapitalerhöhung zu bewirken (§ 284 Abs. 1). Sie kann auch gleichzeitig mit jener, dagegen nicht vor ihr, stattfinden. Im Falle gleichzeitiger Anmeldung hat der Antrag natürlich den Erfordernissen beider Anmeldungen zu entsprechen. Die durchgeführte Kapitalerhöhung ist zum Register der Hauptniederlassung gleichfalls durch die sämtlichen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates anzumelden. Auch bezüglich der Anmeldung zu dem Register der Zweigniederlassung sowie ihrer Erzwingbarkeit zu letzterem gelten

---

[21]) And. M. früher Pinner, Aktienrecht S. 313 ff. und D. 167; vgl. Gern, Fusion von Aktiengesellschaften (1907) S. 25 ff.

[22]) RG. Bd. 24 S. 58.

die gleichen Vorschriften wie bei der Anmeldung des Beschlusses (§§ 319 Abs. 2, 286).

Der Anmeldung zum Register der Hauptniederlassung ist als Anlage der von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigte Vertrag in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Dies bestimmt § 305 Abs. 2 ausdrücklich, wiewohl sich dieses Erfordernis bereits aus der Hauptvorschrift des § 284 Abs. 2 Ziff. 2 ergibt, nach welcher bei Sacheinlagen die den Feststellungen des Erhöhungsbeschlusses (§ 279) zugrunde liegenden, durch Genehmigung wirksam gewordenen Verträge einzureichen sind. Dem Antrage muß also sowohl die Vertragsurkunde, als auch das Protokoll über den Zustimmungsbeschluß beigefügt werden. Ferner ist, wie auch sonst, eine Berechnung der Emissionskosten (§ 284 Abs. 3 Ziff. 3), unter denen die Gerichts- und Notarkosten, die Kosten für die Herstellung der Aktienurkunden und für ihre Einführung an der Börse, die Kosten an Stempeln und Steuern sowie an notwendigen Veröffentlichungen zu verstehen sind, und im Falle, daß die Erhöhung des Grundkapitals der staatlichen Genehmigung bedarf, auch die Genehmigungsurkunde (§ 284 Abs. 2 Ziff. 4 beizulegen. Dagegen bedarf es naturgemäß nicht der Einreichung von Zeichnungsscheinen und eines Verzeichnisses der Zeichner (§§ 305 Abs. 1, 284 Abs. 2 Ziff. 1). Auch ist die in andern Fällen erforderliche Erklärung, daß der auf die Aktien eingeforderte Betrag eingezahlt sei, nicht abzugeben, weil die Gegenleistung nicht in der Zahlung einer Barsumme, sondern in der Übertragung eines Vermögens besteht. Diese Befreiung ist im Gesetze dadurch zum Ausdruck gebracht, daß die Bestimmung des § 284 Abs. 3 und durch ihn die des § 195 Abs. 3 außer Anwendung gesetzt ist (§ 305 Abs. 1). Dadurch wird aber auch das weitere, gleichfalls im § 195 Abs. 3 enthaltene Gebot der Angabe des Ausgabekurses der Aktien, wiewohl diese mit Rücksicht auf die notwendige Veröffentlichung desselben unerläßlich ist, versehentlich außer Anwendung gesetzt. Die dort geforderte Angabe des Ausgabebetrages ist nicht etwa identisch mit der im Erhöhungsbeschlusse zu treffenden Festsetzung des Mindestausgabekurses im Falle der Überpariemission (§ 278). —

Die sämtlichen bei der Anmeldung eingereichten Schriftstücke werden bei dem Registerrichter in Urschrift oder bei Rückreichung derselben in öffentlicher beglaubigter Abschrift aufbewahrt.

Für die Anmeldung bei dem Register der Zweigniederlassung sind durch § 286 Erleichterungen geschaffen, die eine Wiederholung der Förmlichkeiten vermeiden wollen. Darnach fällt die Beifügung der im § 284 Abs. 2 genannten Schriftstücke fort. Hieraus wird man sinngemäß folgern können, daß auch von der Einreichung der Vertragsurkunde und des Genehmigungsprotokolls Abstand genommen werden kann, zumal, wie erwähnt, der genehmigte Vertrag von dem Gebote der nur zum Register der Hauptniederlassung zu bewirkenden Vorlage der im § 284 Abs. 2 Ziff. 2 genannten Verträge mitumfaßt wird. Zudem gründet sich die erleichternde Vorschrift auf die Erwägung, daß der im § 13 Abs. 2 geforderte, vor Eintragung im Register der Zweigniederlassung zu erbringende Nachweis der erfolgten Eintragung im Register der Hauptniederlassung die Einreichung jener Unterlagen ersetzt, was bezüglich des Veräußerungsvertrages gleichfalls gelten muß.

In der öffentlichen Bekanntmachung — auch seitens des Gerichtes der Zweigniederlassung (§§ 286, 284 Abs. 5) — der Eintragung der durchgeführten Kapitalerhöhung ist der Ausgabebetrag der neuen Aktien bezw. das bei der Fusion an dessen Stelle tretende Umtauschverhältnis der beiderseitigen Aktien anzugeben. Makower und auch Staub[23]) schließen daraus, daß der Registerrichter der Zweigniederlassung, wenn ihm der Ausgabekurs bei der Anmeldung der durchgeführten Kapitalerhöhung nicht freiwillig angegeben werde, sich von Amts wegen bei dem Registergericht des Gesellschaftssitzes darnach zu erkundigen habe. Es ist aber zu weitgehend, auf Grund der offenbar nur irrtümlich erfolgten Ausschaltung des Gebotes der Angabe des Ausgabekurses eine Forderung aufzustellen, welche der sinngemäßen Auslegung der positiven Vorschrift über die

---

[23]) Makower, HGB. Bd. 1 (13) § 286 III; Staub, HGB. Bd. 1 (6/7) § 286.

Bekanntgabe des Ausgabekurses (§ 284 Abs. 5) zuwiderläuft. Es ist vielmehr mit der herrschenden Meinung zu fordern,[24]) daß der Ausgabekurs bei der Anmeldung der durchgeführten Kapitalerhöhung mit anzugeben ist.

Die Aushändigung der neuausgegebenen Aktien bezw. Interimsscheine darf vor Eintragung der durchgeführten Kapitalerhöhung nicht erfolgen (§ 287 Abs. 1). Sie ist im Wege des Umtauschs mit den Aktien der übertragenden Gesellschaft zu vollziehen (§ 305 Abs. 3). Nach Maßgabe des festgesetzten Umtauschverhältnisses erhält jeder Aktionär der untergegangenen Gesellschaft eine entsprechende Zahl neuer Aktien. Das dabei kraft Gesetzes zu beobachtende Verfahren,[25]) welches insbesondere dann zur Anwendung kommt, wenn die Aktien trotz erfolgter Aufforderung nicht eingereicht werden oder die eingereichten Aktien, obwohl sie die zum Umtausch durch neue Aktien erforderliche Zahl nicht erreichen, der übernehmenden Gesellschaft nicht zur Verwertung für Rechnung der Beteiligten zur Verfügung gestellt werden, ist das folgende. — Der Vorstand der übernehmenden Gesellschaft — die übertragende Gesellschaft kommt nicht in Frage, da sie bereits untergegangen ist — läßt eine dreimalige Aufforderung zur Einreichung der Aktien unter Androhung der Kraftloserklärung nicht eingereichter oder nicht zur Verfügung gestellter Aktien in den Gesellschaftsblättern veröffentlichen. Die erste Aufforderung muß mindestens drei Monate vor dem Ablauf der zur Einreichung festgesetzten Nachfrist erfolgen. Nach Ablauf dieser Frist werden sowohl die nicht eingereichten, als auch diejenigen eingereichten Aktien, welche die erforderliche Zahl nicht erreichen und nicht zur Verfügung gestellt sind, mittels einer weiteren Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern für kraftlos erklärt. Mit der Kraftloserklärung werden die betroffenen Aktien nebst den zur Zeit noch nicht fälligen Dividendenscheinen nichtig, so daß selbst der

---

[24]) Goldmann, HGB. Bd. 2 § 286 A. 4; Lehmann-Ring, HGB. Bd. 1 § 286 A; Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 286 A. 3 hält die Angabe des Ausgabekurses bei der Anmeldung der Kapitalerhöhung zwar für zulässig und zweckmäßig, aber nicht für notwendig.

[25]) §§ 305, 290, 219 Abs. 2.

redliche Erwerber derselben aus ihnen Rechte nicht erwerben kann. An Stelle der für kraftlos erklärten Aktien sind Ersatzstücke auszugeben und für Rechnung der Beteiligten zum Börsenpreis und, in Ermanglung eines solchen, in öffentlicher Versteigerung zu verkaufen. Der Erlös ist den Beteiligten auszuzahlen oder, wenn diese sich in Annahmeverzug befinden oder ihre Person oder ihr Aufenthalt der Gesellschaft ohne deren Verschulden unbekannt ist, zu hinterlegen (§ 290; ferner §§ 372 ff. BGB.).

Die zeitliche Anordnung der vorstehend im einzelnen geschilderten Rechtshandlungen des Fusionsverfahrens unterliegt zum Teil gesetzlichen Erfordernissen, wie z. B. der im § 304 Abs. 3 implizite enthaltenen Vorschrift, daß der Veräußerungsvertrag vor der Anmeldung des die Liquidation ausschließenden Beschlusses abgeschlossen werden muß, zum Teil Zweckmäßigkeitserwägungen, welche die bei ihrer Nichtbeobachtung eintretenden Unzuträglichkeiten, wenn z. B. die übertragende Gesellschaft sich auflöst, ohne daß die übernehmende ihrerseits die erforderliche Kapitalerhöhung beschließt, vermeiden wollen. Im folgenden mag eine diese Gründe berücksichtigende Anordnung der Fusionshandlungen gegeben werden, ohne daß durch sie die Zweckmäßigkeit anderer Anordnungen angefochten werden soll.[26])

Die Vorstände der beiden Aktiengesellschaften stellen zunächst das Ergebnis ihrer Verhandlungen in einem schriftlichen Vertragsentwurf zusammen, nach welchem die eine Gesellschaft der anderen ihr Vermögen als Ganzes gegen Gewährung von Aktien der anderen Gesellschaft unter Ausschließung des Liquidationsverfahrens zu übertragen sich verpflichtet.

Zu diesem Vertragsentwurf erteilt die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft unter Beobachtung der Förmlichkeiten des § 303 Abs. 1 ihre Zustimmung, und zwar zweckmäßig unter der Bedingung, daß die Wirkung des Zustimmungsbeschlusses, die Auflösung der Gesellschaft, nicht vor Eintragung des Ausschließungsbeschlusses und der Auflösung eintreten soll.

---

[26]) vgl. insbesondere Plotke in Holdheims Monatsschr. Bd. 10 S. 249 ff. sowie die ausführlichen Untersuchungen bei Rehm, Bilanzen S. 395.

Daraufhin erfolgt der gerichtliche oder notarielle Abschluß des Übertragungsvertrages.

Sodann ist der Kapitalerhöhungsbeschluß seitens der Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft unter Beobachtung der §§ 278 Abs. 2 u. 3, 279 zu fassen und dessen Eintragung durch sämtliche Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates zu bewirken.

In der Folge hat die übertragende Gesellschaft die Anmeldung des Ausschließungsbeschlusses und der Auflösung der Gesellschaft unter Einreichung der Vertragsurkunde in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift gemäß § 304 Abs. 3 vorzunehmen. Die Eintragung des Beschlusses bewirkt die Gebundenheit der übertragenden Gesellschaft an den Vertrag und die Auflösung der Gesellschaft.

Alsdann folgt die Anmeldung der durchgeführten Kapitalerhöhung. Es ist ihr die Vertragsurkunde und das Protokoll über den Zustimmungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft beizufügen. Auch ist, da der Zustimmungsbeschluß vor Eintragung des Ausschließungsbeschlusses keine Wirksamkeit erlangt, auch der Nachweis der Eintragung dieses Beschlusses zu erbringen. Weiterhin ist eine Berechnung des Emissionsaufwandes und gegebenenfalls die staatliche Genehmigungsurkunde beizulegen. Die Eintragung bewirkt den Untergang der übertragenden Gesellschaft und den Übergang ihres ganzen Vermögens auf die Übernehmerin. Sie ist durch das Registergericht zur Veröffentlichung zu bringen.

Schließlich werden die neuen Aktien an die Aktionäre der untergegangenen Gesellschaft ausgehändigt. Dabei ist gegebenenfalls das Zwangsumtauschverfahren zur Anwendung zu bringen.

Die Wirkung der Fusion.

Mit der Eintragung der durchgeführten Kapitalerhöhung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft, als dem Schlußstein des gesamten Fusionsverfahrens, tritt die volle Rechtswirkung der Fusion ein. Mit ihr vollzieht sich die rechtliche Verschmelzung der beiden Aktiengesellschaften dergestalt, daß

die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft Mitglieder der übernehmenden werden. Die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft geht zugleich unter. Diese personenrechtliche Wirkung der Eintragung ergibt sich aus der Bestimmung des § 287, nach welcher vor Eintragung der erfolgten Kapitalerhöhung Aktien und Interimsscheine nicht ausgegeben werden können. Aus diesem „Nichtkönnen" ist zu folgern, daß zuvor ausgegebene Anteilsurkunden Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft nicht zu begründen vermögen, daß vielmehr die Anteilsrechte erst mit der Eintragung der Erhöhung zur Entstehung gelangen. Die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft erwerben durch die Eintragung die uneingeschränkte Mitgliedschaft an der übernehmenden Gesellschaft, also insbesondere das Stimmen- und Dividendenrecht, ohne daß hierzu die gleichzeitige Aushändigung der neuen Aktien erforderlich wäre. Solange sie noch nicht im Besitze der Urkunden sind, steht ihnen kraft jener Rechtswirkung ein Anspruch gegen die Übernehmerin auf Aushändigung derselben zu. Wenn das Gesetz die Anmeldung und Eintragung der „erfolgten" Kapitalerhöhung vorschreibt, so will und kann es damit also nicht besagen, daß die Erhöhung bereits zuvor erfolgt ist. Denn mit der Eintragung entstehen erst die Anteilsrechte, mit ihr „erfolgt" rechtlich erst die Erhöhung. Eine andere Rechtsauffassung ist mit dem Sinne des § 287 nicht in Einklang zu bringen. Der Ausdruck „Eintragung der erfolgten Erhöhung" ist daher ungenau, und, wenn § 287 Abs. 2 bestimmt, daß die „Anteilsrechte" an dem „zu erhöhenden" Grundkapital vor der Eintragung wirksam nicht übertragen werden können, so liegt darin gleichfalls ein Widerspruch, der zu irriger Beurteilung der Rechtswirkung der Eintragung führen kann. Denn Anteilsrechte an einem erst in Zukunft zu erhöhenden Kapital gibt es nicht. Anderseits ist die Bezeichnung des Grundkapitals vor der Eintragung als eines „zu erhöhenden" ein Beweis für die Richtigkeit der dargelegten Auffassung.[1]) Gerade der Fall der Fusion, bei

[1]) And. M. insbes. Makower Bd. 1 (13) § 278 II f, 1, der den Zeitpunkt des „Erfolgens" der Erhöhung als zwischen Erhöhungsbeschluß und Eintragung der durchgeführten Kapitalerhöhung liegend erachtet.

der es die bei sonstigen Kapitalerhöhungen erforderliche vorherige Bareinzahlung nicht gibt und auch zuvor der Übergang der Sacheinlage, des Vermögens der untergehenden Gesellschaft, nicht stattfindet, zeigt deutlich, daß der Zeitpunkt des „Erfolgens" der Erhöhung nicht vor ihrer Eintragung angenommen werden kann.

Dieser personenrechtliche Vorgang übt seine Wirkungen nur auf die übertragende Gesellschaft aus. Die Übernehmerin behält ihre bisherige Rechtspersönlichkeit bei und vermehrt lediglich die Zahl ihrer Aktionäre und regelmäßig auch ihr Grundkapital. Dagegen lösen sich bei der übertragenden Gesellschaft die gesamten Rechtsbeziehungen, welche zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern und Organen sowie zwischen diesen untereinander bestehen, auf. Es gibt keine Gesellschaft, keine Aktionäre, keine Generalversammlung, keinen Vorstand und Aufsichtsrat mehr. Die Aktionäre der untergehenden Gesellschaft werden Aktionäre der Übernehmerin und nehmen als solche sofort an dem Gewinn der Gesellschaft teil und üben das Stimmrecht bei dieser in gleicher Weise wie die übrigen Aktionäre derselben aus.[2]) Die Firma der aufgehenden Gesellschaft erlischt, ohne daß es einer besonderen Löschung im Handelsregister bedarf (§ 304 Abs. 5). Für den Registerrichter besteht lediglich die Ordnungsvorschrift, die Firma von Amts wegen zur Löschung zu bringen.

Mit dem im Zeitpunkte der Eintragung der durchgeführten Kapitalerhöhung sich vollziehenden personenrechtlichen Vorgang, dem Untergang der übertragenden Gesellschaft, verbunden mit dem Mitgliedschaftswechsel ihrer Aktionäre, tritt auch zugleich die vermögensrechtliche Wirkung, der Übergang des Vermögens der untergehenden Gesellschaft als Ganzes, ein. Denn, wie das Gesetz bei der Verstaatlichung den Vermögensübergang an die übernehmende Körperschaft im Augenblick der Eintragung des Ausschließungsbeschlusses zugleich mit dem Untergang der Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft sich vollziehen läßt, so kann auch bei der Fusion in „ent-

[2]) RG. Bd. 9 S. 19.

sprechender“ Anwendung (§ 306 Abs. 1) der Verstaatlichungsbestimmung der Vermögensübergang von dem Untergang der Persönlichkeit nicht getrennt werden. Zudem entspräche ein vorzeitiger Vermögensübergang bei weiterem Fortbestehen der Gesellschaft nicht dem Wesen der Fusion als eines naturgemäß einheitlichen Rechtsgeschäftes und nicht dem Begriff der Aktiengesellschaft als einer juristischen Person mit einem in Aktien zerlegten Grundkapital.

Der Vermögensübergang umfaßt das gesamte Vermögen der übertragenden Gesellschaft, ihr „Vermögen als Ganzes“ (§ 305 Abs. 1). Welcher Unterschied zwischen dem Begriff des „Vermögens als Ganzes“ und dem grundsätzlichen Vermögensbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches besteht, daß er insbesondere neben den aktiven Bestandteilen auch die Verbindlichkeiten und nach Analogie der Erbschaft auch den Besitz umfaßt, ist ausführlich bereits bei der Darlegung des Wesens der Fusion gesagt. Der Übergang des so umgrenzten Vermögensinbegriffes auf den Erwerber wird nach herrschender Ausdrucksweise sowohl beim Erbfall als auch bei der Fusion und Verstaatlichung als „Gesamtrechtsnachfolge“ bezeichnet. Soweit dieser Ausdruck die rechtliche Einheit aller das Vermögen bildenden Bestandteile kennzeichnen will, ist er zutreffend. Denn die Rechte und Verbindlichkeiten gehen nicht einzeln und unabhängig von der Gesamtheit, sondern nur als Bestandteile einer rechtlichen Einheit, des „Vermögens als Ganzes“, über. Soweit die „Gesamtrechtsnachfolge“ hingegen den Inhalt des in Frage stehenden Vermögensbegriffes bezeichnet, ist der Ausdruck zu eng und daher irreführend. Denn unter „Gesamtrechtsnachfolge“ ist lediglich die Nachfolge in einen Inbegriff von Gegenständen, d. h. sowohl von Sachen, als von Rechten, letztere aber in der Beschränkung auf Vermögens- und veräußerliche Mitgliedschaftsrechte, also unter Ausschluß der sonstigen Personenrechte, nicht dagegen in einen Inbegriff von Verbindlichkeiten und zum wenigsten in den Besitz verstanden. Auch wenn in den einzelnen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge eine Haftung für die Verbindlichkeiten besteht, so ist sie nicht die Folge eines mit dem Wesen dieser Nachfolge notwendig verbundenen allgemeinen

Schuldenübergangs, sondern tritt jeweils auf Grund ausdrücklicher Gesetzesbestimmung ein. Diese ordnet in den verschiedenen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge eine verschiedene, teils weitgehende, teils beschränkte oder beschränkbare Haftung an. So ist bei der ehelichen Gütergemeinschaft die Haftung des Gesamtgutes für die Schulden der Ehegatten keine allgemeine, denn sie schließt die Haftung für alle Sonderschulden der Frau nicht in sich (§§ 1438, 1456, 1459 ff. BGB.). Die Gesamtrechtsnachfolge ist aus sich selbst bloße Nachfolge in die Gesamtheit der Aktivbestandteile des Vermögens, nicht auch in die Verbindlichkeiten. Dagegen geht bei der Fusion die gesamte vermögensrechtliche Stellung der übertragenden Gesellschaft mit ihren zahlreichen Rechtsbeziehungen, soweit diese nicht mit der Person ihres bisherigen Rechtssubjektes untrennbar verbunden und überhaupt übertragbar sind, kraft Gesetzes auf die Übernehmerin über. Die übernehmende Gesellschaft wird Nachfolgerin in die vermögensrechtliche Persönlichkeit der übertragenden Gesellschaft.[3])

Mag man auch in der Bezeichnung des Rechtsvorganges nicht einig sein, über sein Wesen und seine einzelnen, sich aus ihm ergebenden Rechtsfolgen herrscht grundsätzlich kein Streit. Die Wirkungen der Gesamtfolge in ein Vermögensganzes äußern sich in zahllosen Beziehungen auf dem weiten Gebiete der möglichen Rechtsverhältnisse. Sie alle sind beherrscht von dem leitenden Grundsatz der Einheitlichkeit ihres Vollzugs im Augenblicke der Eintragung der erfolgten Kapitalerhöhung. Es bedarf zur Rechtswirksamkeit der einzelnen Vorgänge nicht der Tatbestände, welche das Gesetz für den Sonderübergang von aktiven und passiven Vermögensbestandteilen aufgestellt hat. Die Nachfolge wirkt stets übertragend, d. h. sie gewährt der Übernehmerin die Rechtsstellung der untergehenden Gesellschaft in ihrem bisherigen Umfange und mit ihren bisherigen Beschränkungen.

---

[3]) vgl. Sohm, Der Gegenstand 1905 §§ 1, 4, 5 und insbesondere 7. Seine Ausführungen über die „Persönlichkeitsnachfolge“ verdienen gerade bei der Fusion besondere Berücksichtigung; and. M. Strohal, Erbrecht Bd. 1 (3) S. 17 A. 23.

In Verfolg dieses Rechtsgrundsatzes gehen die zu den Vermögensgegenständen der übertragenden Gesellschaft gehörenden Sachen, bewegliche wie unbewegliche, auf die Übernehmerin ohne irgend eine Übertragungs- oder Erwerbshandlung über. Für erstere bedarf es keiner Übergabe, für letztere keiner Auflassung. Eine besondere Auflassungserklärung würde nicht nur überflüssig, sondern, da der Übergang kraft Gesetzes sich bereits im Augenblick der erwähnten Eintragung vollzogen hat, und die übertragende Gesellschaft gar nicht mehr besteht, das Eigentum daher nicht mehr übertragen kann, nichtig sein.[4]) Durch den Übergang ist das Grundbuch unrichtig geworden. Seine Berichtigung kann gemäß § 22 GO. unter Einreichung eines beglaubigten Registerauszugs über die Eintragung der erfolgten Kapitalerhöhung beantragt werden. Sie kann sofort nach der Eintragung der Erhöhung erfolgen, ohne daß erst die zum Schutze der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft vorgeschriebene Sperrzeit bis zur Vereinigung des übernommenen mit dem bisherigen Vermögen der Übernehmerin abgewartet zu werden braucht; denn die für diese Zeit geltende Rechtsvermutung, daß das übernommene Vermögen im Verhältnis zu den Gläubigern der untergegangenen Gesellschaft noch als Vermögen dieser Gesellschaft gilt, ändert nichts an dem Übergang des Vermögens und seiner Bestandteile. Da der Berichtigung also die Bedeutung einer dinglichen Rechtswirkung nicht zukommt, so beeinträchtigt die vor Ablauf der Sperrzeit erfolgte Umschreibung der Grundstücke die geschützte Rechtslage der Gläubiger nicht.

In gleicher Weise erfordert auch der Übergang der sonstigen Vermögensrechte der untergegangenen Gesellschaft keine besonderen Übertragungshandlungen. Ohne Zutun der Beteiligten fallen sie kraft Gesetzes der Übernehmerin an, und zwar sowohl die Forderungsrechte, als auch die dinglichen Rechte, die Immaterialgüterrechte, wie das Zeichen-, Urheber- und Erfinderrecht, sowie die veräußerlichen Mitgliedschaftsrechte. Sie alle gehen ohne Zession oder Indossament, ohne Abtretung

---

[4]) KG. Bd. 9 S. 129.

und Umschreibung der Buchrechte, ohne Übergabe der verbriefenden Urkunde über; kurz, es kommen alle diejenigen Rechtshandlungen in Wegfall, an welche das Gesetz bei der Sondernachfolge die Wirkung des Rechtsüberganges knüpft.

Auf den materiellen Inhalt der übergehenden Gegenstände übt die Gesamtnachfolge irgendeinen Einfluß nicht aus. Insbesondere gehen die Rechte in ihrem bisherigen Bestande über, mitsamt den mit ihnen verbundenen gesetzlichen oder vertragsmäßigen Berechtigungen und Beschränkungen, mit Bürgschaften und Pfandrechten. Dem Schuldner stehen die gleichen Einwendungen gegen die Rechtsnachfolgerin, wie gegen die vorberechtigte Gesellschaft zu. Die Übernehmerin erwirbt durch die Fusion nicht mehr und nicht minder Rechte, als jene besessen hat. Die für den Übergang von Rechten bestehenden allgemeinen Bestimmungen gelten auch hier. Es ist daher keine Besonderheit der Fusion, wenn die zum Gesamtvermögen gehörenden Sicherungshypotheken nur insoweit auf die Übernehmerin übergehen, als die durch sie gesicherten Forderungen zur Zeit der Eintragung der durchgeführten Kapitalerhöhung noch bestehen (§ 1184 BGB.), oder daß, wenn sich durch den Vermögensübergang die Hypothek und das Eigentum in der Person der Übernehmerin vereinigen, sich eine Verwendung der Hypothek in eine Grundschuld und, wenn auch die Forderung der übernehmenden Gesellschaft zusteht, in eine Eigentümergrundschuld sich vollzieht (§ 1177 BGB.). Die von der vorberechtigten Gesellschaft etwa abzugebenden Erklärungen werden durch Erklärungen ihrer Rechtsnachfolgerin bezw. durch den Nachweis der erfolgten Fusion ersetzt.

Die nämlichen Wirkungen übt die Gesamtnachfolge auf die bestehenden Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft aus. Wie es sich bei dem Übergang der Rechte im Verhältnis zu den Schuldnern um einen Gläubigerwechsel handelt, so vollzieht sich bei dem Übergang der Verbindlichkeiten im Verhältnis zu den Gläubigern ein Schuldnerwechsel. Er ist in gleicher Weise wie beim Erbgang ein Ausfluß des personenrechtlichen Vorgangs der Gesamtnachfolge. Die rechtliche Stellung der untergehenden Gesellschaft als Schuldnerin wird

durch die übernehmende Gesellschaft ohne weiteres fortgesetzt. Es bedarf zum Zwecke des Schuldenübergangs keines besonderen Rechtsgeschäftes. Auch ist in dem Fusionsvertrage nicht ein besonderer Schuldübernahmevertrag gemäß den Bestimmungen der §§ 414 ff. BGB. zu erblicken. Die Verbindlichkeiten gehen als Bestandteil des Vermögensganzen kraft des personenrechtlichen Fusionsvorganges auf die Übernehmerin über. Mangels eines vermögensrechtlichen Übernahmevertrages finden daher die Vorschriften über die Genehmigung eines zwischen dem bisherigen und dem neuen Schuldner abgeschlossenen Vertrages von seiten des Gläubigers (§ 415 BGB.) hier keine Anwendung. Die Gläubiger der untergehenden Gesellschaft müssen sich den Wechsel in der Person ihrer Schuldnerin widerspruchslos gefallen lassen. Aus dem gleichen Grunde kann auch die bei einem Vermögensübernahmevertrag bestehende, im § 419 BGB. geregelte Haftungsbeschränkung auf den Bestand des übernommenen Vermögens bei der Fusion nicht Platz greifen. Die Übernehmerin steht auf Grund der Gesamtnachfolge mit ihrem gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen für die übernommenen Verbindlichkeiten ein. Das ist die natürliche Folge des im Fusionsvertrage niedergelegten Parteiwillens, während die Schuldenhaftung und ihre Beschränkung sich bei dem Vermögensübernahmevertrag nicht unmittelbar aus dem Vertrage ergibt, sondern durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung angeordnet ist.

Der Schuldnerwechsel ändert an dem Inhalt der übernommenen Verbindlichkeiten nichts. Die Übernehmerin tritt dem Gläubiger gegenüber in alle Verpflichtungen gemäß deren bisherigem Bestande ein. Sie hat nicht nur die Haupt-, sondern auch die Nebenverbindlichkeiten, wie Zinsverpflichtungen u. dgl., zu erfüllen. Es stehen ihr die Einwendungen der bisherigen Schuldnerin, wie dem Erben die Einwendungen des Erblassers, zu. Auch wird man — im Gegensatz zum Schuldübernahmevertrag (§ 417 BGB.) — der Übernehmerin die Einrede der Aufrechnung auf Grund einer der bisherigen Schuldnerin zustehenden Forderung nicht versagen können; denn die übertragende Gesellschaft kann in gleicher Weise wie der Erbe diese Forderung

nunmehr als die ihrige geltend machen. In Anwendung desselben Grundsatzes der personenrechtlichen Nachfolge kann — entgegen § 418 BGB. — keine Rede davon sein, daß die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte erlöschen.

Der Grundsatz von der Fortsetzung der Rechtspersönlichkeit der untergegangenen Gesellschaft durch die Übernehmerin gilt ohne Rücksicht auf den Willen der Schuldner und Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft naturgemäß auch hinsichtlich der von der übertragenden Gesellschaft eingegangenen gegenseitigen Verträge, als der Vereinigung aktiver und passiver Rechtsbeziehungen unter gegenseitigem Abhängigkeitsverhältnis. Gerade in diesen Fällen ist die Wirkung der Fusion von besonders praktischer Bedeutung.[5])

Als die Rechtsnachfolgerin der untergehenden Gesellschaft tritt die Übernehmerin in die gesamten Rechte und Pflichten aus den Verträgen ein, ohne daß sich durch die Fusion an der bestehenden Rechtslage zwischen den Vertragsparteien in materieller Beziehung irgend eine Änderung vollzieht. Aus einem Kaufgeschäft zwischen der untergegangenen Gesellschaft und einem Dritten ist, wenn die Gesellschaft Käuferin, von der Übernehmerin der Kaufpreis zu zahlen, und zwar auch dann, wenn die Lieferung des Kaufgegenstandes nicht an die Übernehmerin, sondern bereits an die untergegangene Gesellschaft bewirkt worden war. Ist die übertragende Gesellschaft Verkäuferin, so ist die Übernehmerin berechtigt, von dem Käufer den Kaufpreis für die auch bereits von der untergegangenen Gesellschaft gelieferte Ware zu fordern. Überhaupt ist die Rechtslage so zu beurteilen, als ob ein Wechsel der Vertragspartei nicht stattgefunden hätte und die untergegangene Gesellschaft, wenn auch unter anderer Firma und Organisation, unverändert fortbestände. Der Dritte hat sich den Wechsel in der Person seines Vertragsgegners gefallen zu lassen. Auch hinsichtlich der Einreden und Nebenverpflichtungen gilt das bereits Gesagte. Auf Grund der Fusion steht weder dem Dritten noch der übernehmenden Ge-

---

[5]) Wiener, Umwandlungen und Fusion, in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 27 S. 366.

sellschaft ein Recht der Kündigung oder des Rücktritts vom Vertrage zu. Jedwede Befreiung von der vertragsmäßigen Verbindlichkeit ist mit dem Wesen der Gesamtnachfolge in das Vermögensganze nicht zu vereinbaren.

Ausnahmen von diesem Grundsatze können nur dann eintreten, wenn entweder in der Fusion oder in der Natur der vertragsmäßig zu bewirkenden Leistung ein Umstand zu erblicken ist, auf Grund dessen eine Auflösung des Vertragsverhältnisses durch Parteiwillen oder Gesetz geboten erscheint.

Dahin gehört in erster Linie die Wirkung der Fusion auf ein bestehendes Miet- oder Pachtverhältnis. War die untergegangene Gesellschaft Vermieterin oder Verpächterin, so wird das bestehende Rechtsverhältnis durch die Fusion nicht berührt. Die Übernehmerin tritt ohne weiteres in deren Rechtsstellung ein. War sie dagegen Mieterin oder Pächterin, so kommt die Analogie des Untergangs der übertragenden Gesellschaft mit dem Tode einer Person (Erbfall) wiederum zur Anwendung, und zwar dahin, daß die für den Tod des Mieters oder Pächters bestehenden Vorschriften (§§ 569, 596 BGB.) auch für die Fusion Geltung erlangen. Darnach ist bei der Miete sowohl der Vermieter, als auch die aufnehmende Gesellschaft, in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolgerin der Mieterin, gleich dem Erben berechtigt, das Mietverhältnis zum ersten zulässigen Termin unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen, während bei dem Pacht ein gleiches Recht nur dem Verpächter, nicht auch der übernehmenden Gesellschaft als Pächterin zusteht (§ 596 BGB.).

Ferner kann die Natur der Vertragsleistung derartig beschaffen sein, daß die Leistung von der übernehmenden Gesellschaft nicht in der dem Vertrage entsprechenden Weise erfüllt werden kann. Als Maßstab für die Beurteilung der Verschiedenheit der Leistungen sind im Zweifelsfalle die Anschauungen des Verkehrs heranzuziehen.[6]) Es liegt in solchem Falle eine von der Übernehmerin zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung vor, welche dem Vertragsgegner wahlweise einen

[6]) vgl. RG. in Elsaß-Lothr. Ztschr. Bd. 30 S. 549.

Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages und ein Recht auf Rücktritt vom Vertrage gewährt. Dies gilt nicht etwa, wie Gern[7]) glaubt, nur von den Lieferungsverträgen, sondern von allen Verträgen, welche mit der untergegangenen Gesellschaft abgeschlossen, aber von ihr nicht oder nicht vollständig erfüllt worden sind.

Von diesen Möglichkeiten der Vertragsauflösung durch Parteiwillen (Kündigung oder Rücktritt) ist die kraft Gesetzes eintretende Beendigung des Vertragsverhältnisses zu unterscheiden. Sie trifft den Fall, daß die Natur der Leistung einen Wechsel in der Person des Leistungsberechtigten ohne Änderung des Inhaltes der Leistung nicht gestattet und daher der Abtretung der auf Leistung gerichteten Forderung entgegensteht. Mit Rücksicht hierauf bestimmen die §§ 399, 412 BGB., daß eine Forderung, bei welcher die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne wesentliche Änderung ihres Inhaltes erfolgen kann, weder durch Vertrag noch kraft Gesetzes übertragen werden kann. Zwar ändert sich beim Wechsel der Person des Gläubigers streng genommen stets der Inhalt der vom Schuldner zu bewirkenden Leistung. Indem aber das Gesetz den Grundsatz von der Übertragbarkeit der Forderungen aufstellt, erachtet es den Wechsel in der Person des Berechtigten nicht für genügend, um einen wesentlichen Einfluß auf den Inhalt der Leistung auszuüben. Es muß sich daher aus anderen hinzutretenden Umständen eine wesentliche Änderung der Leistung ergeben. Ein solcher Umstand ist bei einem Dienstvertrage zuweilen in der Art der geforderten Dienstleistung zu erblicken. Denn diese bemißt sich nach den Ansprüchen und Bedürfnissen des Dienstberechtigten und kann daher oft nicht ohne bedeutende Änderung ihres Inhaltes an einen anderen als den ursprünglich Berechtigten bewirkt und daher auch nicht übertragen werden. Bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, deren Erfüllung in gleicher Weise von den Bedürfnissen des Berechtigten abhängig ist, hat das Gesetz in Anerkennung desselben Grundsatzes die Unzulässigkeit

---

[7]) Gern, Fusion von Aktiengesellschaften 1907 S. 58.

der Übertragung ausdrücklich ausgesprochen (§§ 1091, 1092 BGB.). Die Wirkung der Fusion als einer Art der Forderungsübertragung ist also in der Richtung gesetzlich beschränkt, daß Forderungen, mit deren Übertragung eine wesentliche Änderung des Inhaltes der Leistung notwendig verbunden ist, auf die Übernehmerin nicht übergehen können. Im Einzelfalle ist das in Frage stehende Rechtsverhältnis jeweils auf diese Voraussetzung zu prüfen. In den meisten Fällen wird gerade bei der Fusion in dem Wechsel der leistungsberechtigten Gesellschaft ein den Inhalt der Leistung wesentlich ändernder Umstand nicht erblickt werden können, weil das persönliche Moment des Leistungsberechtigten bei Aktiengesellschaften fast gänzlich ausscheidet. Immerhin können die Bedürfnisse und Ansprüche der aufnehmenden Gesellschaft an den Leistungsverpflichteten im Vergleich zu denen der untergegangenen Gesellschaft eine wesentliche Änderung der geforderten Leistung bedingen. Alsdann wird man Unmöglichkeit der Leistung infolge eines vom Berechtigten zu vertretenden Umstandes annehmen müssen, so daß gemäß § 324 BGB. der Verpflichtete den Anspruch auf Gegenleistung gegenüber der rechtsnachfolgenden Gesellschaft bis zur Auflösung des Rechtsverhältnisses behält. Gern[8]) gibt im Falle des Dienstvertrages dem Dienstverpflichteten ein einseitiges Rücktrittsrecht. Der Annahme eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes steht aber entgegen, daß die Voraussetzung der Unmöglichkeit infolge eines vom Leistungsverpflichteten zu vertretenden Umstandes (§ 325 BGB.) hier nicht vorliegt. Ein stillschweigend vereinbartes Rücktrittsrecht anzunehmen, liegt aber keine Notwendigkeit vor. Zudem ist das Ergebnis unbefriedigend, weil nur dem Leistungsverpflichteten ein Recht der sofortigen Lösung des Vertragsverhältnisses eingeräumt, dem Leistungsberechtigten aber bei Nichtausübung dieses Rechtes zugemutet wird, eine für ihn unbrauchbare Kraft in seinem Dienste zu behalten.

Welcher Ansicht man auch beitreten mag, bei derartigen Rechtsverhältnissen werden sich Schwierigkeiten kaum vermeiden

---

[8]) Gern, Fusion von Aktiengesellschaften 1907 S. 57.

lassen. Es empfiehlt sich daher, daß die übertragende Gesellschaft vor Eintritt der Fusionswirkung im Einverständnis mit der übernehmenden Gesellschaft mit den Vertragsgegnern besondere Abreden über die Fortdauer oder die Lösung der bestehenden Vertragsverhältnisse trifft.

Die Wirkung der Fusion auf schwebende Rechtsstreitigkeiten bedarf noch einer besonderen Erwähnung. Ist die übertragende Gesellschaft Prozeßpartei, so tritt in Anwendung der mehrfach erwähnten Analogie des Untergangs der Gesellschaft mit dem Tode einer Person im Augenblick der Eintragung der durchgeführten Kapitalerhöhung gemäß § 239 ZPO. eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch die übernehmende Gesellschaft ein.[9]) Wird die Aufnahme verzögert, so kann der Prozeßgegner die übernehmende Gesellschaft zur Aufnahme und zur Verhandlung über die Hauptsache durch Zustellung eines Schriftsatzes laden. Ist die geladene Gesellschaft im Termin nicht vertreten, so ist die Rechtsnachfolge auf Antrag als zugestanden anzunehmen und zur Hauptsache zu verhandeln. Abweichend von dieser Ansicht von der Unterbrechung und Fortsetzung des Prozeßverfahrens nimmt Lehmann[10]) an, die übernehmende Gesellschaft könne nur mit Zustimmung des Gegners als Rechtsnachfolgerin bezüglich der in Streit befangenen Sache oder des litigiösen Anspruchs den Prozeß übernehmen, und führt als Grund hierfür das Vorliegen eines Parteiwechsels an. Bei dieser Auffassung bleibt unberücksichtigt, daß die für den Fall der Veräußerung oder Abtretung der in Streit befangenen Sache geltende Bestimmung des § 265 ZPO. das Fortbestehen der Hauptpartei zur Voraussetzung hat, da die Vorschrift sonst nicht von Haupt- und Nebenintervention sprechen könnte. Zwar liegt auch bei der Fusion ein Wechsel der Partei vor, jedoch ist der gleichzeitige Untergang der Partei in seiner prozessualen Wirkung bedeutungsvoller, weil durch ihn eine Unterbrechung des Verfahrens

---

[9]) So auch Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 306 A. 13; Ring in Lehmann-Ring, HGB. § 306 N. 6.

[10]) Lehmann, Umwandlungen S. 43.

eintritt, während der Parteiwechsel allein auf den Rechtsstreit keinen Einfluß ausübt (§ 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO.). Ein für oder gegen die untergegangene Gesellschaft erlassenes Urteil schafft Rechtskraft auch für und gegen die Übernehmerin (§ 325 ZPO.). Auch kann eine vollstreckbare Ausfertigung für oder gegen die übernehmende Gesellschaft erteilt werden (§ 727 ZPO.).

Im Gegensatz zur Verstaatlichung findet bei der Fusion unmittelbar mit dem Eintritt ihrer Rechtswirkung die Vereinigung des übernommenen mit dem bisherigen Vermögen der Übernehmerin nicht statt. Während dort das fehlende Liquidationsverfahren durch die Persönlichkeit der übernehmenden Körperschaft ersetzt wird, ist hier an dessen Stelle ein besonderes Verfahren zum Schutze der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft angeordnet. Der Vorteil dieses im § 306 Abs. 2—6 festgestellten Verfahrens gegenüber dem Liquidationsverfahren liegt in der Hauptsache darin, daß die durch jenes Verfahren bedingte Verzögerung des Vermögensüberganges gemieden wird. Mit der Eintragung der erfolgten Kapitalerhöhung tritt sofort die Verschmelzung der beiden Gesellschaften sowie der Übergang des Vermögensganzen der übertragenden Gesellschaft ein, und erst im Anschluß an diese Rechtswirkungen greift das besondere Verfahren zum Schutze der Gläubiger Platz. Die genannten Vorschriften bestimmen, daß das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft durch die Übernehmerin getrennt zu verwalten ist und die Vereinigung desselben mit dem übrigen Vermögen erst nach dreimaliger, in den Gesellschaftsblättern unter Hinweis der Vereinigung bekanntzumachender Aufforderung der Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche und nach Ablauf ihres Sperrjahres sowie nach erfolgter Befriedigung der Gläubiger durch Leistung, Hinterlegung oder Sicherstellung stattfinden darf (§§ 306 Abs. 2 u. 5, 297, 301). Es tritt also vom Zeitpunkt der Verschmelzung der Gesellschaften bis zur Vereinigung ihrer Vermögensmassen ein Zwischenzustand ein, während dessen ein der Liquidation ähnliches Befriedigungsverfahren eintritt.

Das übernommene Vermögen ist getrennt zu verwalten, d. h. es sind alle diejenigen Erfordernisse zu erfüllen, welche für die

Verwaltung des Vermögens einer Aktiengesellschaft überhaupt zu beobachten sind. Es bedarf also einer gesonderten Buchführung und nach Ablauf des Geschäftsjahres einer Sonderbilanz. Ein sich aus dieser etwa ergebender Saldobetrag ist in die Hauptbilanz der Übernehmerin einzusetzen. Ein erzielter Gewinn ist jedoch nicht an die Aktionäre der Gesellschaft auszuzahlen, weil er als Ausfluß des übernommenen Vermögens, wie dieses, zur vorzugsweisen Befriedigung der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft bereitzuhalten ist.[11]) Die Trennung des Vermögens darf nicht nur eine buchmäßige, sondern muß eine äußerlich erkennbare sein. Eine Vermischung oder Verarbeitung übernommener mit den bisherigen Vermögensstücken der Übernehmerin ist unzulässig. Diese Vorschrift trifft insbesondere die übernommene Gesellschaftskasse und das Rohmaterial. Andererseits genügt aber auch die Erkennbarkeit tatsächlicher Trennung; einer Einbringung übernommener Gegenstände in die Betriebs- und Gesellschaftsräume der Übernehmerin steht das Erfordernis der Trennung nicht entgegen.

Die Durchführung der getrennten Verwaltung sowie die Beobachtung der sonstigen Gläubigerschutzvorschriften betreffend die Aufforderung, den Zeitablauf und die Befriedigung der Gläubiger liegt in den Händen des Vorstandes der übernehmenden Gesellschaft als des gesetzlichen Verwaltungsorgans des derselben gehörigen Vermögens.

Die große Bedeutung dieser Obliegenheiten für die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft hat Veranlassung zur Begründung einer unmittelbaren Haftpflicht von Vorstand und Aufsichtsrat gegenüber jenen Gläubigern gegeben (§ 306 Abs. 6). Zwar bestimmen schon die §§ 241 Abs. 2, 375 Abs. 4, daß die Mitglieder des Vorstandes den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber für die Verletzung der Vorschriften über die Verteilung des Gesellschaftsvermögens haftbar sind, und man könnte diese Bestimmung analog auch auf die bei der

---

[11]) Ebenso Lehmann-Ring Bd. 1 § 306 N. 8; vgl. auch Makower Bd. 1 (13) § 306 III c, 1, der in Konsequenz dessen dem Überschuß die Eigenschaft eines notwendigen bezw. freiwilligen Reservefonds zuspricht.

Fusion an Stelle der Verteilung tretende Vereinigung und die vor dieser zu beachtenden Vorschriften anwenden. Aber dort (§ 241 Abs. 4) ist bestimmt, daß der Ersatzanspruch nur insoweit von den Gläubigern geltend gemacht werden kann, als sie von der Gesellschaft selbst ihre Befriedigung nicht haben erlangen können. Diese bedeutende Einschränkung des Ersatzanspruches ist bei der Fusion in Wegfall gekommen. Die Gläubiger können für den gesamten Schaden, der ihnen durch die Verletzung einer der zu ihrem Schutze erlassenen Vorschriften entstanden ist, unmittelbar die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates in Anspruch nehmen, ohne daß sie sich zuvor an die Übernehmerin zu halten brauchen.[12]) Es ist irrig, wenn demgegenüber Lehmann-Ring[13]) der Haftung der Organe auch hier die bloß ergänzende Natur um deswillen zuspricht, weil ein Schaden nur auf Grund fruchtloser Inanspruchnahme der Gesellschaft nachweisbar sei. Bei dieser Annahme würden die Organe der Ersatzklage der Gläubiger die Einrede der Vorausklage gegen die Übernehmerin mit Erfolg entgegensetzen können. Dies wäre aber gegen das Gesetz. Die Nichtaufnahme der einschränkenden Bestimmung des § 241 Abs. 4 in die Fusionsvorschriften läßt deutlich den Willen des Gesetzes erkennen, zur Begründung der Haftung den Nachweis der Verletzung der Schutzvorschriften sowie der Tatsache, daß durch jene Verletzung der geltend gemachte Schaden entstanden sei, genügen zu lassen. Es ergibt sich also ein Gesamtschuldverhältnis zwischen den haftenden Organen und der auf Grund allgemeiner Bestimmungen verantwortlichen Gesellschaft. Die benachteiligten Gläubiger können, da die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrates auch untereinander gesamtschuldnerisch haften (§ 306 Abs. 6), den Ersatzanspruch nach ihrer Wahl gegen jedes von ihnen ganz oder nur zu einem Teile geltend machen.

---

[12]) Ebenso Makower Bd. 1 (13) § 306 III c, 5 und anscheinend auch Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 306 A. 21 („direkter" Gläubigeranspruch) und Goldmann Bd. 2 § 306 N. 12 („selbständiges" Recht auf Schadensersatz); vgl. auch Cahn, Aufsichtsrat 1907 S. 184.

[13]) Lehmann-Ring Bd. 1 § 306 A. 12.

Dieser Grundsatz der Gesamthaftung erleidet aber eine doppelte Einschränkung. Denn einmal haften nur diejenigen Mitglieder des Vorstandes, die durch ihr schuldhaftes Verhalten den schädigenden Erfolg herbeigeführt, also entweder die gesetzesverletzende Handlung selbst vollzogen, bei ihr mitgewirkt oder nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes aufgewandt haben, um die Handlung zu verhüten, so daß diejenigen, welche trotz Beobachtung dieser Sorgfalt die Verletzung nicht haben verhindern können, von der Ersatzpflicht befreit sind. Sodann gilt für die Aufsichtsratsmitglieder die mildernde Bestimmung, daß sie nur dann verantwortlich gemacht werden können, wenn die Verletzung mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt ist. Zu dem Tatbestande der Gesetzesverletzung muß also hinsichtlich der Aufsichtsratsmitglieder der weitere Tatbestand hinzutreten, daß sie um jene Verletzung gewußt haben. Ein bloßes schuldhaftes Nichtwissen kann hier nicht genügen; denn da als Maßstab der Schuld, wie bei der Haftung des Vorstandes, die von einem ordentlichen Kaufmann aufgewendete Sorgfalt anzunehmen wäre, so würde ein Unterschied zwischen den bei dem Aufsichtsrate und den bei dem Vorstande geforderten Voraussetzungen nur in dem mangelnden Einschreiten zu erblicken sein, während es offenbar die Absicht des Gesetzes ist, gerade durch die Voraussetzung der Kenntnis der Verletzung und des trotz dieser nicht erfolgten Einschreitens bei dem Aufsichtsrat eine wesentlich mildere Haftpflicht zu begründen.[14]) Zu diesem Tatbestande wird als dritte Voraussetzung der Haftung der Mangel des Einschreitens gefordert. Was unter Einschreiten zu verstehen ist, hat das Gesetz dem freien Ermessen und der Berücksichtigung des Einzelfalles überlassen. Das Reichsgericht[15]) hat bloße Ermahnungen und Bitten des Aufsichtsratsmitgliedes zur Befreiung von der Haftung für nicht genügend erachtet. Wenn sich auch allgemeine, für jeden Einzelfall zutreffende Er-

---

[14]) Ebenso Hagen in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 345; Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 249 A. 4; Pinner, Aktienrecht 1899 S. 176; and. M. Lehmann-Ring Bd. 1 § 306 N. 12 und Gern, Fusion von Aktiengesellschaften S. 54.

[15]) RG. Bd. 13 S. 47.

fordernisse nicht aufstellen lassen, so wird man doch eine positive und ernsthafte Tätigkeit des Mitgliedes verlangen müssen. In der Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung mit einer entsprechenden Tagesordnung, der Niederlegung des Amtes, der Erstattung von Strafanzeigen und ähnlichem Vorgehen kann wohl in allen Fällen ein genügendes Einschreiten und somit ein hinreichender Grund zur Befreiung von der Haftpflicht erblickt werden.[16])

Eine weitere Befreiung von der Verantwortlichkeit der Organe könnte dann in Frage kommen, wenn ein Generalversammlungsbeschluß die vorzeitige Vereinigung der Vermögensmassen oder eine sonstige gesetzesverletzende Handlung ausdrücklich angeordnet hat. Die für die Fälle der §§ 241, 249 maßgebende Erwägung, daß die Gesellschaft ihre Organe für die Befolgung ihrer eigenen Beschlüsse nicht verantwortlich machen kann und daher die Organe den Ersatzansprüchen der Gläubiger die Berufung auf die Generalversammlung einredeweise entgegenhalten können, kann aber hier, da die Ansprüche nicht von der Gesellschaft, sondern von dritten Personen erhoben werden, nicht Platz greifen.[17]) Diesen gegenüber wird die Berufung auf den Generalversammlungsbeschluß nicht durchschlagen. Es kann von ihnen nicht verlangt werden, daß sie infolge interner Rechtsbeziehungen innerhalb der Gesellschaft Nachteile erleiden sollen. Die Organe dürfen ungesetzliche Beschlüsse der Generalversammlung nicht zur Ausführung bringen, wollen sie nicht von Dritten wie aus eigenem Verschulden haftbar gemacht werden. Um so weniger können sich die Vorstandsmitglieder den Gläubigern gegenüber auf einen Aufsichtsratsbeschluß erfolgreich berufen. Dies gilt auch dann, wenn der Vorstand kraft Gesellschaftsvertrages zur Ausführung von Aufsichtsratsbeschlüssen verpflichtet ist. Im Außenverhältnis kann eine derartige Rechtslage nicht zu ungunsten der Gläubiger verwertet werden.

Durch eine Konkurseröffnung über das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft werden die Ersatzansprüche der Gläubiger

---

[16]) Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 249 A. 5.

[17]) Ebenso Lehmann-Ring, HGB. Bd. 1 § 306 N. 12.

gegen Vorstand und Aufsichtsrat nicht berührt. Schwebende Ersatzklagen werden fortgeführt, neue können erhoben werden. Dies folgt aus der selbständigen Natur des Ersatzanspruches. — Anders in dem Falle, daß die Gläubiger ihre Ansprüche nicht gegen die Organe, sondern auf Grund der allgemeinen Bestimmung des § 31 BGB. gegen die Gesellschaft selbst erheben. Alsdann sind die Ansprüche in analoger Anwendung der §§ 171, 217 durch den Konkursverwalter geltend zu machen. Dieser tritt in schwebende Prozesse an Stelle der Gläubiger als Kläger ein, und zwar nicht in Vertretung der Gemeinschuldnerin, sondern kraft selbständigen, ihm vom Gesetze verliehenen Rechtes.[18]) Es beruht auf einer Verwechslung mit diesem gegen die Gesellschaft gerichteten Ersatzanspruche, wenn Staub[19]) in entsprechender Anwendung der §§ 241, 249, 171 u. 217 fordert, daß auch die von den Gläubigern wider den Vorstand und Aufsichtsrat gerichteten Ersatzforderungen durch den Konkursverwalter der übernehmenden Gesellschaft geltend zu machen seien. Denn während im Falle des § 171 die von den Gläubigern in Anspruch genommene Kommanditisteneinlage und im Falle des § 217 der dem Aktionär gesetzwidrig ausgezahlte Betrag rechtlich dem Vermögen der in Konkurs befindlichen Gesellschaft zugehört oder doch zur Masse herausverlangt werden kann, hat das von dem Gläubiger in Anspruch genommene Privatvermögen der haftenden Organe der Aktiengesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen, also auch mit der Konkursmasse, nichts gemein. Nur wenn und insoweit die Gläubiger für ihre zunächst im Gesellschaftskonkurse geltend gemachten Ersatzansprüche keine Befriedigung haben erlangen können, tritt unter Anwendung der Regeln der Gesamtschuldnerschaft eine Einwirkung des Konkurses auf die Höhe der Ersatzforderungen gegen die Organe ein.

Für die gleichen Pflichtverletzungen haften die Organe auch gegenüber der Gesellschaft selbst. Dies folgt

---

[18]) vgl. RG. Bd. 46 S. 353 u. bes. Bd. 51 S. 46.

[19]) Staub, HGB. Bd. 1 (8) § 306 A. 21 in Verb. mit §§ 291 A. 16 u. 171 A. 8.

aus den mehrfach angezogenen §§ 241, 249, welche die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats für den Schaden verantwortlich machen, welche der Gesellschaft durch Nichtanwendung der von ihnen bei der Erfüllung ihrer Obliegenheiten aufzuwendenden Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes entsteht. Der Schadensanspruch wird sich zumeist als eine Regreßforderung der Gesellschaft für Inanspruchnahme seitens der Gläubiger darstellen. Voraussetzung der Ersatzklage gegen den Vorstand ist hier, wie bei dem Anspruche der Gläubiger, ein den schädigenden Erfolg verursachendes schuldhaftes Verhalten. Für die Aufsichtsratsmitglieder gilt dagegen die Milderung, daß die Ersatzpflicht nur dann eintritt, wenn sie trotz Kenntnis der Gesetzesverletzung nicht eingeschritten sind, hier nicht, weil einer der im § 241 Abs. 3 genannten Sonderfälle nicht vorliegt. Auch besteht ein weiterer Unterschied dieser von der Gesellschaft gegenüber denen von den Gläubigern geltend gemachten Ansprüche darin, daß Vorstand und Aufsichtsrat sich aus den erwähnten Gründen mit Erfolg auf einen die gesetzwidrige Handlung anordnenden Generalversammlungsbeschluß und der Vorstand sich auch auf einen solchen des Aufsichtsrates dann berufen kann, wenn er gemäß Gesellschaftsvertrag zur Ausführung der Weisungen des Aufsichtsrates verpflichtet ist.

Sowohl die Ersatzansprüche der Gläubiger, als auch die der übernehmenden Gesellschaft, verjähren in fünf Jahren; die letzteren kraft ausdrücklicher Vorschriften (§§ 241, 249), die ersteren kraft Analogie (vgl. auch § 217). Die Frist beginnt mit dem Eintritt des Schadens, ohne daß es auf die Kenntnis des Geschädigten ankommt.[20])

Neben dieser durch eine doppelte Haftpflicht gewährleisteten tatsächlichen Trennung hat das Gesetz auch ein rechtlich getrenntes Fortbestehen des übernommenen Vermögens angeordnet. Der Zweck und leitende Gedanke dieser Anordnung geht dahin, die bisherige Rechtslage der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft durch die Verschmelzung der Ge-

[20]) RG. Bd. 39 S. 52.

sellschaften nicht zu verschlechtern. Die grundlegende, in diesem Sinne erlassene Schutzvorschrift (§ 306 Abs. 4) bestimmt, daß bis zur Vereinigung der beiderseitigen Vermögen im Verhältnis der Gläubiger der untergegangenen zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der untergegangenen Gesellschaft gilt. Dadurch ist zum Ausdruck gebracht, daß die Rechtspersönlichkeit der untergegangenen Gesellschaft in der Beschränkung auf die genannten Rechtsverhältnisse als fortbestehend anzusehen ist.[21]) Aus dieser Rechtsvermutung heraus müssen die verschiedenen Rechtsbeziehungen der Gläubiger der aufgehenden Gesellschaft zu dem übernommenen Vermögen für die Dauer der Trennung beurteilt werden. Dabei ist davon auszugehen, daß die übertragende Gesellschaft mit der Eintragung der erfolgten Kapitalerhöhung untergegangen ist und ihre Gläubiger infolge des sich mit dem Untergang vollziehenden Schuldenüberganges Gläubiger der Übernehmerin geworden sind, sich also für ihre Forderung an das gesamte Vermögen der Übernehmerin halten können. Nur soweit dieses Vermögen übernommenes und getrennt verwaltetes Vermögen ist, steht ihnen ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus demselben zu. Weder die Übernehmerin kann, außer im regelmäßigen Geschäftsgange, über dasselbe Verfügungen treffen noch können deren übrige Gläubiger Befriedigung aus demselben begehren. Dies trifft auch für diejenigen bisherigen Gläubiger zu, welche erst nach Eintritt der Fusion Gläubiger der Übernehmerin geworden sind. Das ergibt sich aus dem Zwecke der aufgestellten Rechtsvermutung, die Rechte der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft nicht durch den Zugriff anderer Personen zu schmälern. Zudem würden diejenigen Forderungen, welche erst nach dem gedachten Zeitpunkt entstanden sind, bei dem sonst eintretenden Liquidationsverfahren gleichfalls außer Betracht kommen (Denkschr. S. 168). Zu Zweifeln könnte dagegen im Einzelfalle die Frage Anlaß geben, ob auch diejenigen Gläubiger als Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft anzusehen sind, welche ein noch mit

[21]) RG. Bd. 9 S. 18.

der untergegangenen Gesellschaft abgeschlossenes Rechtsgeschäft erst nach Eintritt der Gesamtnachfolge zur Erfüllung bringen. Für solche Fälle muß grundsätzlich der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung maßgebend sein, der zumeist, auch bei gegenseitigen Verträgen, mit dem Abschluß des Rechtsgeschäftes zusammenfällt, gleichgültig, ob der Gläubiger seinerseits vor oder nach der Gesamtnachfolge geleistet hat. Aber auch alle diejenigen Ansprüche, welche zwar erst nach jenem Zeitpunkte entstanden sind, aber in einem rechtlichen Abhängigkeitsverhältnis zu einem noch von der untergegangenen Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte stehen, müssen an der vorzugsweisen Befriedigung aus dem übernommenen Vermögen teilnehmen können. Zu diesen gehören insbesondere die Schadensersatzansprüche aus Verträgen, die Rechte aus Rücktritt und dergleichen. Soweit hiernach die Gläubiger nicht als solche der untergegangenen Gesellschaft in Betracht kommen, kann ihnen bei Inanspruchnahme des übernommenen Vermögens von dessen Gläubigern die Ausschließlichkeit seiner Haftung entgegengesetzt werden. Dieses Widerspruchsrecht der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft äußert sich besonders gegenüber Zwangsvollstreckungsmaßregeln, welche von den übrigen Gläubigern in das übernommene Vermögen vorgenommen werden. Den Gläubigern steht solchen Maßregeln gegenüber die Interventionsklage aus § 771 ZPO. gegen den vollstreckenden Gläubiger und, wenn die übernehmende Gesellschaft das Recht der Kläger gleichfalls bestreitet, auch gegen diese als die notwendige Streitgenossin zu. Die Klage stützt sich auf ein ihnen an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zustehendes, die Veräußerung hinderndes Recht. Denn da gemäß der Rechtsvermutung des § 306 Abs. 4 die untergegangene Gesellschaft den übrigen Gläubigern der Übernehmerin gegenüber noch als Eigentümerin des in Anspruch genommenen Vermögens gilt und die Gläubiger ein rechtliches Interesse daran haben, daß ihnen das ausschließliche Befriedigungsrecht durch Vollstreckungsmaßregeln Dritter nicht geschmälert wird, so wird man in sinngemäßer Auslegung des § 771 ZPO. ein Interventionsrecht der Gläubiger annehmen können. Die Klage kann sowohl von jedem einzelnen, als auch von

mehreren und auch von sämtlichen Gläubigern erhoben werden. Von einer Vertretung der Gläubigerschaft durch den Vorstand, wie Makower[22]) und Lehmann-Ring[23]) annehmen, kann keine Rede sein. Die durch die Personenvereinigung auch hinsichtlich des Sondervermögens bestehende Vertretereigenschaft des Vorstandes hat mit dem Rechte der Gläubiger nichts zu tun. Außerdem würde im Falle der passiven Streitgenossenschaft zwischen der Übernehmerin und ihren übrigen Gläubigern ein ungesetzlicher Dualismus hinsichtlich des Vorstandes bestehen, der auch dadurch nicht beseitigt würde, daß für jede Vertretung verschiedene Mitglieder bestimmt wären. Die Widerspruchsklage ist einzureichen bei dem Gerichte, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt ist. Dies muß nicht notwendig das Gericht des Sitzes der Übernehmerin, auch nicht des Sitzes der untergegangenen Gesellschaft sein. Das Prozeßgericht kann nach allgemeiner Vorschrift sowohl im Urteil, als auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung innerhalb des Verfahrens auf Antrag die Einstellung und Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln ohne Auferlegung einer Sicherheitsleistung anordnen. Die Klage kann aber nur so lange auf Freigabe der betroffenen Gegenstände gerichtet werden, als die Zwangsvollstreckung dauert. Ist sie bereits beendet, so muß die Klage auf Rückgabe der Gegenstände an das Sondervermögen auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung gerichtet werden.[24])

Am ausgeprägtesten äußern sich die Folgen des rechtlichen Fortbestehens der untergegangenen Gesellschaft im Konkurse. Es ist die Möglichkeit eines Sonderkonkurses sowohl über das übernommene, als auch über das übrige Vermögen der Übernehmerin gegeben. Denn obgleich grundsätzlich die aufnehmende Gesellschaft [das Rechtssubjekt beider Vermögensmassen bildet, ist für die Dauer der Trennung und hinsichtlich der Rechtsbeziehungen zwischen den Gläubigern der untergegangenen Gesellschaft und der Übernehmerin und deren übrigen Gläubigern

---

[22]) Makower, HGB. Bd. 1 (13) § 306 III c, 3.

[23]) Lehmann-Ring Bd. 1 § 306 N. 10.

[24]) Ebenso Pinner, Aktienrecht S. 315; Goldmann Bd. 2 § 306 N. 10.

als Rechtssubjekt des übernommenen Vermögens die untergegangene Gesellschaft, also für jede Vermögensmasse ein besonderes Rechtssubjekt anzunehmen. Gleichwohl ist der Konkurs über das übernommene Vermögen rechtlich kein Gesamtkonkurs der untergegangenen Gesellschaft,[25]) sondern er ist ein Konkurs der Übernehmerin in der Beschränkung auf das übernommene Vermögen. Tritt nun während der getrennten Verwaltung der Fall der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung (§ 207 KO.) der als fortbestehend geltenden Gesellschaft oder der Übernehmerin ein, so sind zur Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens in jedem Falle der Vorstand, und zwar jedes einzelne Mitglied desselben, hinsichtlich des übernommenen Vermögens ferner noch die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft, nicht aber die übrigen Gläubiger der Übernehmerin, hinsichtlich des übrigen Vermögens aber alle Gläubiger berechtigt. Denn auch die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft sind Konkursgläubiger der übernehmenden Gesellschaft (§ 208 KO.).

Der Sonderkonkurs über das übernommene Vermögen erstreckt sich naturgemäß lediglich auf den zur Zeit seiner Eröffnung noch vorhandenen, zur Gläubigerbefriedigung noch nicht verwendeten Bestand. Die Konkursgläubiger können für ihren Ausfall das übrige Vermögen der Übernehmerin in Anspruch nehmen. Der Sonderkonkurs wird regelmäßig mit einem Konkurse über das sonstige Vermögen der Übernehmerin verbunden sein, denn da die übernehmende Gesellschaft ohnehin für den Ausfall einzustehen hat, wird es im Falle ihrer Zahlungsfähigkeit zu einem Sonderkonkurse nicht kommen, indem sie die betreibenden Gläubiger aus ihrem übrigen Vermögen befriedigt; im Falle ihrer Zahlungsunfähigkeit wird aber der Konkurs an sich unvermeidlich sein.

Ist schlechthin über das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so bildet das getrennt verwaltete Vermögen, da es als nicht der Gemeinschuldnerin gehörig gilt, nicht zur Konkursmasse. Es kann daher die Aussonderung desselben aus § 43 KO. verlangt werden.

---

[25]) Jaeger, Komm. z. KO. §§ 207, 208 A. 2.

Ein Absonderungsrecht[26]) oder ein Vorzugsrecht[27]) kann nicht in Frage kommen, weil beide die Zugehörigkeit des in Anspruch genommenen Vermögens zur Konkursmasse zur Voraussetzung haben.[28]) Aussonderungsberechtigt sind die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft. Neben diesen kann aber auch der Vorstand in seiner Eigenschaft als Verwaltungsorgan des auszusondernden Vermögens für die Gläubigerschaft das Aussonderungsrecht geltend machen.[29]) Der Anspruch ist gegen den Konkursverwalter zu richten. Ist die Aussonderung erreicht, so unterliegt das übernommene Vermögen, da sein Rechtssubjekt, die übernehmende Gesellschaft, infolge Konkurses aufgelöst ist, wie deren übriges Vermögen dem Liquidationsverfahren. Der nach Beendigung des Liquidationsverfahrens über das Sondervermögen sich etwa ergebende Überschuß ist an die Konkursmasse abzuführen.

Sind hinsichtlich beider Vermögensteile zwei getrennte Konkurse eröffnet, so können die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft ihre Forderung in beiden Konkursen anmelden. Selbstverständlich erfolgt die Befriedigung nach den Regeln der Gesamtschuld in dem einen Verfahren nur in der Höhe des Ausfalls im andern.

Die getrennte Verwaltung ist also auch im Konkursverfahren streng durchzuführen. Ein beide Vermögensmassen umfassender Konkurs ist wegen der Verschiedenheit der in Frage kommenden Rechtspersönlichkeiten an sich nicht zulässig. Ist das übernommene Vermögen infolge Nichtausübung des Aussonderungsrechtes dennoch in den Konkurs über das übrige Vermögen mit hineingezogen, so ist der Vorstand für die Vernachlässigung der getrennten Verwaltung, insonderheit für die Verabsäumung der Ausübung des Aussonderungsrechtes, sowohl

---

[26]) Staub, HGB. Bd. 1 (6/7) § 306 A. 16 und Lehmann, Aktiengesellschaften Bd. 2 1902 S. 534.

[27]) Goldstein in Hirths Annalen 1901 S. 741.

[28]) vgl. §§ 47 ff., 15, 61, 139 ff. KO.

[29]) Ebenso Makower, HGB. Bd. 1 (13) § 306 III c, 3; Lehmann-Ring, HGB. Bd. 1 § 306 A. 10; letzterer hält den Vorstand für allein berechtigt.

den aussonderungsberechtigten Gläubigern, als auch der Konkursmasse gegenüber verantwortlich.

Zum Schutze der Gläubiger hat das Gesetz weiterhin noch die Bestimmung getroffen, daß der bisherige Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft bis zur Vereinigung der beiderseitigen Vermögen bestehen bleiben soll (§ 306 Abs. 3). Mit dieser prozessualen Vergünstigung hat nicht etwa, wie Makower[30]) annimmt, beabsichtigt werden sollen, die Inanspruchnahme nur des übernommenen Vermögens auf den alten Gerichtstand zu beschränken, sondern es sollte den Gläubigern der untergegangenen Gesellschaft die Wahl zwischen dem Gerichtsstand des Sitzes der Übernehmerin und dem bisherigen Gerichtsstande gelassen werden. Die Gründe, welche Makower für seine Ansicht anführt, daß weder die Absicht bestanden habe, den Umfang der am bisherigen Gerichtstande geltend gemachten Ansprüche zu vergrößern, noch für die Ansprüche gegen das übernommene Vermögen einen neuen Gerichtsstand zu schaffen, sind nicht durchschlagend; denn durch die genannte Vergünstigung hat der Grundsatz, daß die Übernehmerin bezüglich ihrer sämtlichen, auch der übernommenen Verbindlichkeiten, ihren bisherigen Gerichtsstand gegen sich gelten lassen muß, nicht ausgeschaltet werden sollen. Für Klagen, welche das übernommene Vermögen betreffen, kann also sowohl der bisherige, als auch der Gerichtsstand der Übernehmerin angerufen werden, gleichgültig ob die Übernehmerin klagende oder beklagte Partei ist. Auch der Konkurs über das getrennt verwaltete Vermögen kann bei jedem der beiden Gerichtsstände eröffnet und geführt werden.

Sind die erforderlichen Voraussetzungen der genannten Verwaltung erfüllt und hat ein Konkursverfahren über eines der beiden Vermögen nicht stattgefunden, so erfolgt zum Zwecke der endgültigen vermögensrechtlichen Verschmelzung die Vereinigung der beiden Vermögen. Dies bedeutet nicht, daß nach Erledigung der Schutzvorschriften die Vereinigung stattfinden muß oder gar mit dem Zeitpunkte der Erledigung gesetzlich als erfolgt anzusehen ist,[31]) sondern ist dahin auszu-

[30]) Makower, HGB. Bd. 1 (13) § 306 III c, 2.
[31]) Staub, HGB. Bd. 1 (6/7) § 306 A. 17.

legen, daß sie nicht vor der Erledigung der Schutzvorschriften, wohl dagegen beliebige Zeit nachher erfolgen darf. Der Übernehmerin ist es daher unbenommen, nach ihrem Dafürhalten die Wirkungen der getrennten Verwaltung auch auf die nachfolgende Zeit auszudehnen. Erfolgt die Vereinigung, so ist sie, soweit dies gesetzlich gefordert werden kann, auch nach außen hin durchzuführen. Insbesondere ist eine einheitliche Bilanz für die vereinigten Vermögensmassen aufzustellen. Die Folge der Vereinigung ist, daß der bisherige Unterschied zwischen dem übernommenen und dem übrigen Vermögen der Übernehmerin wegfällt. Es gibt von nun an nur noch Gläubiger der Übernehmerin, nur noch einen Konkurs über deren gesamtes Vermögen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.